

المجلد الثاني

الحكام والحكام

دراسة في أصول الحكماء والحكام
والشروط والتكليف والبرهان والقياس

تأليف

أستاذ الفقه والحق في دار العلوم
الشيخ محمد باقر المجلسي

ترجمته إلى اللغة العربية
أستاذ الفقه والحق في دار العلوم
الشيخ محمد باقر المجلسي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المختار فى احكام الخيار: دراسه مبسطه فى الخيار و احكامه و الشروط و النقد و السيئه و القبض

كاتب:

جعفر سبحانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الامام الصادق عليه السلام

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٣٢	المختار فى احكام الخيار: دراسه مبسطه فى الخيار و احكامه و الشروط و النقد و السيئه و القبض
٣٢	اشارة
٣٢	[المقدمة]
٣٣	الفصل الأول الخيار لغة و اصطلاحا
٣٣	اشارة
٣٣	تعريف الخيار:
٣٤	اشارة
٣٤	ألف- الخيار: هو حقّ الاصطفاء من الفسخ و عدمه،
٣٤	ب- الخيار: هو ملك فسخ العقد.
٣٥	ج- الخيار: هو ملك إقرار العقد و إزالته.
٣٤	الأصل فى البيع اللزوم
٣٤	اشارة
٣٤	ما هو المراد من «الأصل» فى المقام؟
٣٤	اشارة
٣٤	١- الراجع:
٣٤	٢- القاعدة المستفادة من العمومات
٣٤	٣- الاستصحاب:
٣٤	٤- المعنى اللغوى:
٣٧	ما هو الدليل على أنّ الأصل هو اللزوم:
٣٧	اشارة
٣٧	[الاستدلال بالآيات القرآنية]
٣٧	١- آية الوفاء بالعقود:

- ٣٧ اشارة
- ٣٩ ذب اشكال عن دلالة الآية:
- ٤٠ ٢- آية حلية البيع:
- ٤١ ٣- آية التجارة عن تراض:
- ٤١ الاستدلال بالروايات:
- ٤١ اشارة
- ٤١ ١- الاستدلال بالمراسيل:
- ٤٢ ٢- الاستدلال بالمسانيد:
- ٤٣ الاستدلال بالأصل على اللزوم:
- ٤٤ الأصل المعارض:
- ٤٥ فى أقسام الخيارات
- ٤٥ الفصل الثانى خيار المجلس
- ٤٥ اشارة
- ٤٦ [تعريف خيار المجلس]
- ٤٦ [أدلة خيار المجلس]
- ٤٧ ثبوت خيار المجلس للوكيل:
- ٤٧ اشارة
- ٤٧ الأول: ما ذهب إليه صاحب الحدائق بثبوتة للأصيل و الوكيل
- ٤٧ الثانى: خيرة صاحب المقاصد من اختصاصه بالعاقدين المالكين،
- ٤٨ الثالث: ما اختاره الشيخ من اختصاصه بالوكيل الذى له حق التصرف فى المبيع،
- ٤٩ الرابع: نظرية السيد الطباطبائى و المحقق الخراسانى
- ٥٠ هل للموكل خيار المجلس؟
- ٥١ هل الخيار فى الوكيل و الموكل واحد أو متعدّد؟
- ٥١ تفويض الأمر إلى الوكيل:

- ٥٢ عدم ثبوت الخيار للفضولي:
- ٥٣ لو كان العاقد واحداً:
- ٥٤ فى مستثنيات خيار المجلس:
- ٥٥ اشارة
- ٥٥ المسألة الأولى:
- ٥٥ اشارة
- ٥٦ تعلق الخيار بأخذ القيامة:
- ٥٨ الوجه الأول:
- ٥٩ الوجه الثانى:
- ٥٩ المسألة الثانية: العبد المسلم المشتري من الكافر
- ٦٠ [المسألة الثالثة: شراء العبد نفسه]
- ٦٠ [المسألة الرابعة: إذا لم يكن المبيع قابلاً للبقاء]
- ٦٠ خيار المجلس و سائر العقود:
- ٦١ خيار المجلس و بيع الصرف و السلم:
- ٦٢ فى مسقطات خيار المجلس:
- ٦٢ اشارة
- ٦٢ المسقط الأول: اشتراط سقوطه فى نفس العقد:
- ٦٢ اشارة
- ٦٣ شبهات ثلاث حول اشتراط سقوطه فى العقد:
- ٦٣ الأولى: إن الشرط إنما يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً
- ٦٣ الثانية: إن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد
- ٦٤ الثالثة: إن إسقاط الخيار فى ضمن العقد، إسقاط لما لم يجب
- ٦٥ صور إسقاط الخيار فى العقد:
- ٦٥ اشارة

- ١- سقوطه في متن العقد على وجه شرط النتيجة ٦٥
- ٢- أن يشترط عدم الفسخ على نحو شرط الفعل ٦٥
- ٣- أن يشترط إسقاط الخيار بعد العقد و هو أيضا شرط فعل ٦٥
- حكم الشرط غير المذكور في العقد: ٦٧
- المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد: ٦٩
- اشارة ٦٩
- سقوط الخيار بقوله: «اختر» ٧١
- المسقط الثالث: الافتراق ٧٢
- اشارة ٧٢
- الافتراق عن إكراه: ٧٤
- المسقط الرابع: التصرف: ٧٧
- الفصل الثالث خيار الحيوان ٧٨
- اشارة ٧٨
- [تعريف خيار الحيوان]: ٧٨
- الموضع الأول: في اختصاصه بالمشترى و عدمه: ٧٩
- اشارة ٧٩
- [حجية القول الأول] ٧٩
- حجة القول الثاني: ٨١
- حجة القول الثالث: ٨١
- الموضع الثاني: في مبدأ خيار الحيوان و منتهاه: ٨٣
- اشارة ٨٣
- في دخول الليالي: ٨٦
- الموضع الثالث: في مسقطاته: ٨٨
- اشارة ٨٨

- ١- اشتراط سقوطه في ضمن العقد ٨٨
- ٢- اسقاطه بعد العقد ٨٨
- ٣- سقوطه بكل فعل دال على التزامه بالعقد ٨٨
- ٤- التصرف ٨٨
- أما الأول: ٨٩
- و أما الثاني: ٨٩
- الجمع بين الروايات: ٩٠
- عموميّة الحكم للجاهل و العالم: ٩١
- تفسير قوله: «فذلك رضا منه فلا شرط»: ٩٢
- الفصل الرابع خيار الشرط ٩٣
- اشارة ٩٣
- [تعريف خيار الشرط] ٩٤
- لا فرق بين المدّة المتّصلة أو المنفصلة عن العقد: ٩٥
- لزوم كون المدّة مضبوطة: ٩٥
- أقسام المدّة المجهولة: ٩٨
- مبدأ خيار الشرط: ٩٨
- جعل الخيار للأجنبي: ٩٩
- اشترط الاستيمار: ١٠٠
- بيع الخيار: ١٠٢
- اشارة ١٠٢
- الأمر الأول: صور المسألة: ١٠٣
- الأمر الثاني: نصوص المسألة و أدلتها: ١٠٤
- الأمر الثالث: أقسام ردّ الثمن: ١٠٥
- الأمر الرابع: في كيفيّة الفسخ: ١٠٧

- ١٠٧ الأمر الخامس: مسقطات هذا الخيار:
- ١٠٨ الأمر السادس: يسقط بالتصرف:
- ١٠٨ الأمر السابع: في نماء المبيع و حكم تلف العوضين:
- ١٠٨ اشارة
- ١٠٩ الاستدلال بقاعدة التلف في زمن الخيار:
- ١١١ الأمر الثامن: في الرد على المالك و وكيله و الولي:
- ١١٢ الأمر التاسع: في أقسام رد الثمن و حكمها:
- ١١٣ الأمر العاشر: في جواز اشتراط الفسخ للمشتري:
- ١١٤ الأمر الحادى عشر- شرط الخيار فى العقود و الايقاعات:
- ١١٤ اشارة
- ١١٥ الموضوع الأول: حكم الخيار فى الايقاعات:
- ١١٥ اشارة
- ١١٦ بطلان شرط الفسخ فى القربيات:
- ١١٨ الموضوع الثانى: حكم الخيار فى العقود الجائزة:
- ١١٨ الموضوع الثالث: حكم الخيار فى العقود اللازمة:
- ١٢٠ الفصل الخامس خيار الغبن
- ١٢٠ اشارة
- ١٢٠ [تعريف خيار الغبن]
- ١٢١ تعريف الغبن:
- ١٢٢ أدلة خيار الغبن:
- ١٢٢ اشارة
- ١٢٢ [١- خيار الغبن فى القرآن]
- ١٢٤ ٢- الروايات الواردة فى كتب الفريقين:
- ١٢٤ اشارة

- ١٢٧ مفاد القاعدة:
- ١٢٩ ما هو الحق في تفسير القاعدة:
- ١٢٩ ٣- الاجماع:
- ١٣٠ ٤- بناء العقلاء:
- ١٣١ شروط الخيار:
- ١٣١ اشارة
- ١٣١ الأول: عدم علم المغبون بالقيمة.
- ١٣١ اشارة
- ١٣٢ فروع:
- ١٣٣ ما هو الملاك في القيامة؟
- ١٣٤ هل الميزان علم الوكيل أو الموكل؟
- ١٣٤ طرق ثبوت جهل المغبون:
- ١٣٦ مسألة: لو اختلفا في القيامة
- ١٣٧ «مسألة: لو اتفقا على التغير و اختلفا في تاريخ العقد «١» ...»
- ١٣٨ الشرط الثاني: (كون التفاوت فاحشا)
- ١٣٨ اشارة
- ١٣٩ كون التفاوت يسيرا أو كثيرا أمر نفسى لا نفسى:
- ١٤٠ مسألة: هل ظهور الغبن محدث للخيار أو كاشف عنه؟
- ١٤٢ فى مسقطات خيار الغبن
- ١٤٢ اشارة
- ١٤٢ الأول: الاسقاط بعد العقد:
- ١٤٤ الثانى: اشتراط السقوط فى متن العقد:
- ١٤٥ الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن:
- ١٤٦ الرابع: تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن:

- ١٥٠ في تصرف الغابن:
- ١٥٠ اشارة
- ١٥٠ ١- إذا تصرف الغابن في المبيع تصرفا ناقلا «٢».
- ١٥١ ٢- إذا تصرف الغابن في المبيع تصرفا معيرا
- ١٥١ اشارة
- ١٥١ ألف- التصرف الموجب للنقيصة:
- ١٥١ اشارة
- ١٥٢ إذا وجدها الفاسخ مستأجرة:
- ١٥٣ ب- التصرف الموجب للزيادة:
- ١٥٦ ج- التصرف الموجب للامتزاج:
- ١٥٦ في حكم تلف العوضين مع الغبن: «١»
- ١٥٧ مسألة: في عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع:
- ١٥٧ هل خيار الغبن فوري أو لا؟
- ١٥٩ الفصل السادس خيار التأخير
- ١٥٩ اشارة
- ١٦٠ [تعريف خيار التأخير]
- ١٦٠ [أدلة خيار التأخير]
- ١٦٠ اشارة
- ١٦١ ١- الاجماع:
- ١٦١ ٢- قاعدة «لا ضرر».
- ١٦١ ٣- الروايات المتضافرة
- ١٦٣ شروط خيار التأخير:
- ١٦٣ اشارة
- ١٦٣ الشرط الأول: عدم قبض المبيع:

- ١٦٥ الشرط الثاني: عدم قبض الثمن:
- ١٦٥ الشرط الثالث: تأخير الثمن ثلاثة أيام:
- ١٦٥ الشرط الرابع: أن يكون المبيع عينا أو شبهها كصاع من صبرة:
- ١٦٦ أمور معتبرة عند بعضهم:
- ١٦٦ اشارة
- ١٦٦ ١- عدم الخيار للمشتري:
- ١٦٦ ٢- تعدد المتعاقدين:
- ١٦٧ ٣- عدم كون المبيع جارية:
- ١٦٧ في مسقطات خيار التأخير:
- ١٦٧ اشارة
- ١٦٧ ١- إسقاطه بعد الثلاثة، قولاً أو فعلاً:
- ١٦٧ ٢- اشتراط سقوطه في متن العقد:
- ١٦٧ ٣- بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة:
- ١٦٨ ٤- أخذ الثمن من المشتري بعد الثلاثة:
- ١٦٨ ٥- مطالبة الثمن:
- ١٦٨ هل خيار التأخير فوري أو لا؟
- ١٦٨ حكم تلف المبيع في الثلاثة و بعدها:
- ١٦٨ اشارة
- ١٦٨ الصورة الأولى: تلف المبيع بعد الثلاثة:
- ١٦٨ اشارة
- ١٦٩ [علاج تعارض قاعدتين فقهييتين مع النبوى: «كل مبيع قد تلف...»]
- ١٦٩ اشارة
- ١٦٩ ١- «الخراج بالضمان»:
- ١٧٠ ٢- التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له:

- ١٧١ الصورة الثانية: إذا تلف في الثلاثة:
 ١٧١ اشارة
 ١٧١ لو اشترى ما يفسد من يومه:
 ١٧٢ الفصل السابع خيار الرؤية
 ١٧٢ اشارة
 ١٧٣ تعريف خيار الرؤية؟
 ١٧٣ ما هو الدليل على صحه البيع:
 ١٧٧ [أمور]
 ١٧٧ اشارة
 ١٧٧ ألف: إن الخيار مختص بما إذا كان الموجود مغايرا للموصوف،
 ١٧٧ ب: الظاهر من الأصحاب كون المشتري مختيرا بين الرد و الإمساک،
 ١٧٧ ج: إن المرجع في تشخيص الداخل في الحقيقة، و الخارج عنها هو العرف،
 ١٧٨ د- خيار الرؤية فوري:
 ١٧٨ في مسقطات خيار الرؤية
 ١٧٨ اشارة
 ١٧٨ ١- التسامح في الأعمال
 ١٧٨ ٢- الإسقاط القولي بعد الرؤية
 ١٧٨ ٣- التصرف بعد الرؤية،
 ١٧٨ ٤- التصرف قبل الرؤية
 ١٧٩ ٥- إسقاطه باللفظ قبل الرؤية
 ١٧٩ ٦- إسقاطه في متن العقد:
 ١٨٠ في سقوط الخيار بالبذل و الابدال:
 ١٨٢ اختلاف المتعاقدين في الصفة:
 ١٨٤ خيار الرؤية لا يختص بالبيع:

- ١٨٥ الفصل الثامن خيار العيب
- ١٨٥ اشارة
- ١٨٦ [تعريف خيار العيب]
- ١٨٧ التخيير بين الرد و أخذ الارش:
- ١٩١ الظهور كاشف لا شرط شرعى:
- ١٩٢ عمومية الخيار للثمن:
- ١٩٢ فى مسقطات خيار العيب
- ١٩٢ اشارة
- ١٩٢ الأول: إنشاء السقوط قولاً و فعلاً:
- ١٩٣ الثانى: اشتراط الاسقاط فى متن العقد:
- ١٩٣ الثالث: التصرف فى المعيب:
- ١٩٥ الرابع: تلف العين:
- ١٩٦ الخامس: حدوث عيب عند المشتري:
- ١٩٦ اشارة
- ١٩٦ ١- حدوثه قبل القبض ضماناً و مانعياً:
- ١٩٧ اشارة
- ١٩٨ هل هناك خياران أو خيار واحد؟
- ١٩٩ ٢- حكم العيب الحادث بعد القبض فى أيام الخيار:
- ٢٠١ ٣- العيب الحادث بعد القبض و الخيار:
- ٢٠١ بقيت هنا أمور «١»:
- ٢٠١ الأول: إذا كان المستند لسقوط الخيار هو مرسل «جميل» المؤيد برواية زرارة،
- ٢٠٢ الثانى: لو رضى البائع برده معيباً مع الارش أو مجاناً
- ٢٠٢ الثالث: إذا زال العيب الحادث قبل أخذ الارش
- ٢٠٢ الرابع: إذ ردّ بالعيب السابق

- ٢٠٢ [من موانع الردّ تبعض الصفقة]
- ٢٠٢ اشارة
- ٢٠٣ ١- تبعض الصفقة برّد المعيب و ابقاء الصحيح:
- ٢٠٦ ٢- تبعض الصفقة بتعدّد المشتري:
- ٢٠٧ ٣- تبعض الصفقة بتعدّد البائع:
- ٢٠٧ فى سقوط الارش دون الردّ:
- ٢٠٧ اشارة
- ٢٠٨ الموضوع الأول: إذا اشترى ربوتًا بجنسه فظهر عيب فى أحدهما
- ٢٠٨ اشارة
- ٢٠٨ ألف: عدم جوازه مطلقا
- ٢٠٨ ب: جوازه مطلقا
- ٢٠٨ ج: التفصيل بين كونه من جنسهما و من غيرهما
- ٢٠٨ دليل القولين: الحرمة و الجواز:
- ٢١١ الموضوع الثانى: إذا لم يوجب العيب نقصا فى القيمة:
- ٢١١ الموضوع الثالث: إذا كان العوضان من التقدين فظهر العيب فى أحدهما
- ٢١١ المواضع التى يسقط فيها الردّ و الارش:
- ٢١١ اشارة
- ٢١١ ١- العلم بالعيب قبل العقد:
- ٢١٢ ٢- تبرّى البائع عن العيوب:
- ٢١٤ [أمور أخرى عند بعض الأصحاب يسقط فيها الرد و الأرش]
- ٢١٤ اشارة
- ٢١٤ الأول: زوال العيب بعد العقد قبل العلم:
- ٢١٥ الثانى: التصرف بعد العلم بالعيب:
- ٢١٦ الثالث: التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب:

- ٢١٦ الرابع: حدوث العيب فى المعيب الذى لا تنقص قيمته بالعيب:
- ٢١٧ الخامس: إذا حدث العيب أو تصرف فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا:
- ٢١٧ اشارة
- ٢١٧ الاستدلال على عدم جواز الرد:
- ٢١٨ السادس: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار:
- ٢١٩ هل يجب اعلام العيب:
- ٢١٩ فى أحكام اختلاف المتبايعين
- ٢٢٠ اشارة
- ٢٢٠ المقام الأول: الاختلاف فى الخيار:
- ٢٢٠ المقام الثانى: الاختلاف فى موجب الخيار:
- ٢٢١ اشارة
- ٢٢١ الأول: لو اختلفا فى تعيب المبيع
- ٢٢١ الثانى: إذا كان المبيع مسبوقا بالعيب، و ادعى البائع عدمه حين العقد
- ٢٢١ الثالث: لو اختلفا فى كون شىء عيبا و تعدر تبين الحال
- ٢٢١ الرابع: لو اتفقا على كونه عيبا و اختلفا فى كونه موجبا للنقص أو لا،
- ٢٢١ الخامس: لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك
- ٢٢١ اشارة
- ٢٢٣ كيفية حلف المنكر:
- ٢٢٤ السادس: لو رد سلعة فأنكر البائع أنها سلعته فله صورتان
- ٢٢٤ اشارة
- ٢٢٤ الأولى: إذا اختلفا فى السلعة مع الاختلاف فى أصل الخيار،
- ٢٢٤ الثانية: إذا اختلفا فى السلعة مع الاتفاق على الخيار،
- ٢٢٥ المقام الثالث: الاختلاف فى المسقط:
- ٢٢٥ اشارة

- ٢٢٥ ١- [الصورة الأولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه]
- ٢٢٦ ٢- [الصورة الثانية: لو اختلفا فى زواله قبل علم المشتري أو بعده]
- ٢٢٦ ٣- [الصورة الثالثة: لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيبين،
- ٢٢٦ ٤- [الصورة الرابعة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه «١»،
- ٢٢٧ ٥- [الصورة الخامسة: لو اختلفا فى البراءة
- ٢٢٨ ٦- [الصورة السادسة: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم،
- ٢٢٨ المقام الرابع: الاختلاف فى الفسخ:
- ٢٢٨ اشارة
- ٢٢٨ ١- إذا اختلفا فى الفسخ فهنا صورتان:
- ٢٢٨ الأولى: إذا اختلفا و كان الخيار باقيا،
- ٢٢٩ الثانية: إذا كان النزاع بعد انقضاء الخيار،
- ٢٢٩ ٢- لو اختلفا فى تأخر الفسخ عن أول الوقت.
- ٢٢٩ ٣- لو اتفقا على زمان الفسخ و اختلفا فى زمان العقد،
- ٢٢٩ ٤- لو ادعى البائع علم المشتري بالخيار و فوريته و أنكر المشتري،
- ٢٢٩ الكلام فى تفسير العيب
- ٢٣٠ اشارة
- ٢٣١ هل يعتبر فى صدق العيب النقص المالى؟
- ٢٣١ الفصل التاسع تفسير الأرش
- ٢٣١ اشارة
- ٢٣٢ [الأرش لغة و اصطلاحا]
- ٢٣٤ إذا كان الثمن لا يقسط على الوصف فما معنى الارش؟
- ٢٣٤ اشارة
- ٢٣٤ إجابة السيد الطباطبائي عن الاشكال:
- ٢٣٦ دفع المحاذير الثلاثة بوجهين:

- الأول: ٢٣٦
- الثاني: ٢٣٦
- الارش جزء الثمن المردود: ٢٣٦
- أداء الارش بجنس الثمن، أو النقد الغالب: ٢٣٦
- حكم الارش فى الربوى و الصرف: ٢٣٧
- الأرش المستوعب للثمن: ٢٣٨
- الطريق إلى معرفة القيامة: ٢٣٨
- فى تعارض المقومين: ٢٤٠
- الفصل العاشر شروط صحة الشرط ٢٤٣
- اشارة ٢٤٣
- الشرط الأول: أن يكون داخلا تحت القدرة: ٢٤٤
- الشرط الثانى: أن يكون الشرط سائعا: ٢٤٥
- الشرط الثالث: أن يكون الشرط عقلاييا: ٢٤٦
- الشرط الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة: ٢٤٧
- اشارة ٢٤٧
- الأول: أن لا يكون مخالفا لكتاب الله: ٢٤٧
- الثاني: أن يكون موافقا لكتاب الله: ٢٤٧
- الثالث: أن لا يكون مخالفا للسنة: ٢٤٨
- الرابع: أن لا يكون مخالفا لشرط الله: ٢٤٩
- الخامس: أن لا يكون محزما لحلال أو محللا لحرام: ٢٤٩
- السادس: عدم منع الكتاب و السنة عنه: ٢٤٩
- حصيلة الروايات: ٢٥٠
- اشارة ٢٥٠
- الأولى: ما هو المراد من كتاب الله ٢٥٠

- ٢٥٠ الثانية: هل الشرط عدم المخالفه للكتاب
- ٢٥١ الثالثة: هل المراد من السنه الوارده في الصنف الثالث هو الحكم الوارد في لسان النبي،
- ٢٥١ الرابعة: هل الموصوف بالمخالفه هو الشرط أو المشروط؟!.....
- ٢٥١ اشارة.....
- ٢٥٢ ملاحظات في كون الالتزام محزما:.....
- ٢٥٣ الخامسة: اشتراط ترك المباح ليس مخالفا للكتاب:.....
- ٢٥٣ السادسة: هل اشتراط ترك التسرى و التزوج مخالف للكتاب؟.....
- ٢٥٤ السابعة: في تميز المخالف عن الموافق:.....
- ٢٥٤ اشارة.....
- ٢٥٨ ما هي الضابطه في تمييز المخالف عن غيره:.....
- ٢٥٨ [أقسام الأحكام الالهيه].....
- ٢٥٨ اشارة.....
- ٢٥٨ ١- الأحكام الوضعية:.....
- ٢٥٩ ٢- الأحكام التكليفية الالزامية:.....
- ٢٦٠ ٣- الأحكام التكليفية غير الالزامية:.....
- ٢٦٠ يتصور اشتراط المباح و أخويه فعلا و تركا على وجهين:.....
- ٢٦١ الشرط الخامس: أن لا يكون مخالفا لمقتضى العقد:.....
- ٢٦١ اشارة.....
- ٢٦١ [الأمر] الأول: ما هو المراد من المخالف لمقتضى العقد؟.....
- ٢٦٢ [الأمر] الثاني: ما هو الدليل على هذا الشرط؟.....
- ٢٦٣ [الأمر] الثالث: في بيان حال بعض الشروط:.....
- ٢٦٣ اشارة.....
- ٢٦٣ ١- اشتراط عدم البيع:.....
- ٢٦٣ ٢- الشركه في الربح دون الخسران:.....

- ٢٦٥ ٣- اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها:
- ٢٦٥ ٤- اشتراط توارث الزوجين بالعقد المنقطع:
- ٢٦٥ اشارة
- ٢٦٦ إذا شكّ في كون الشرط مخالفاً أو موافقا:
- ٢٦٧ الشرط السادس: أن لا يكون مجهولاً جهالةً توجب الغرر:
- ٢٦٨ الشرط السابع: أن لا يكون مستلزماً للمحال:
- ٢٦٩ الشرط الثامن: أن يلتزم به في متن العقد:
- ٢٦٩ اشارة
- ٢٦٩ استدلال على لزوم الذكر بوجوده:
- ٢٦٩ ١- حكاية الاجماع
- ٢٧٠ ٢- ما أشار إليه الشيخ الأعظم من أنّ الشرط من أركان العقد المشروط
- ٢٧٠ ٣- إن الشرط هو الالتزام و هو لا يتحقق بمجرد التبانى بل يحتاج إلى الانشاء
- ٢٧٠ ٤- الروايات الظاهرة في عدم الاعتبار بالشرط المتقدم.
- ٢٧١ الشرط التاسع: التنجيز:
- ٢٧٢ الفصل الحادى عشر فى أقسام الشروط و أحكامها.
- ٢٧٢ اشارة
- ٢٧٣ هل النبوى يعتم جميع الأقسام!؟
- ٢٧٤ شرط النتيجة:
- ٢٧٤ اشارة
- ٢٧٥ الضابطة لتمييز ما يحتاج إلى سبب خاص عن غيره:
- ٢٧٥ [شرط الفعل]
- ٢٧٥ اشارة
- ٢٧٥ الأول: فى وجوب الوفاء بالشرط:
- ٢٧٧ الثانى: جواز إجبار المشروط عليه على إنجاز الشرط:

- ٢٧٨ الثالث: فى ثبوت الخيار مع القدرة على الاجبار و عدمه:
- ٢٧٨ اشارة
- ٢٧٩ دليل نافي الخيار مع القدرة على الاجبار:
- ٢٧٩ الرابع: فى حكم الشرط المتعدّر قبل العقد و بعده:
- ٢٧٩ اشارة
- ٢٨٠ القسم الأول: التعدّر قبل العقد:
- ٢٨٢ القسم الثانى: إذا كان التعدّر عارضا بعد العقد:
- ٢٨٢ الخامس: فيما إذا تعدّر العمل بالشرط:
- ٢٨٢ اشارة
- ٢٨٣ الصورة الأولى: فيما إذا تلف المبيع:
- ٢٨٣ الصورة الثانية: فيما إذا أخرجه عن ملكه:
- ٢٨٤ الصورة الثالثة: فيما إذا صار متعلّقا لحق الغير:
- ٢٨٤ اشارة
- ٢٨٤ إذا كان العقد الثانى منافيا لنفس الاشتراط:
- ٢٨٥ إذا تصرّف المشروط له فى العين:
- ٢٨٥ السادس: فى جواز اسقاط الشرط للمشروط له:
- ٢٨٦ السابع: فيما هو المستثنى من قاعدة عدم التقسيط:
- ٢٨٦ هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا؟
- ٢٨٧ أدلّة القائلين بالفساد:
- ٢٨٧ اشارة
- ٢٨٧ [الوجه] الأول: أنّ للشرط قسطا من العوض مجهولا،
- ٢٨٧ [الوجه] الثانى: إنّ التراضى إنّما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص
- ٢٨٨ [الوجه] الثالث: الروايات التى يستظهر منها فساد العقد لفساد شرطه
- ٢٩٠ أدلّة القائلين بالصحة:

- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ [الوجه] الأول: ما ذكره الشيخ من عموم الأدلة و اطلاقها،
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ [إشكال]
- ٢٩١ [دفع الإشكال]
- ٢٩١ اشارة
- ٢٩١ [الوجه] الأول:
- ٢٩١ [الوجه] الثاني:
- ٢٩١ [الوجه] الثاني: الاستدلال بروايات خاصة:
- ٢٩٢ [الوجه] الثالث: الاستدلال بدليل عقلي
- ٢٩٣ ثبوت الخيار في الشرط الفاسد:
- ٢٩٣ اسقاط الشرط الفاسد بعد العقد:
- ٢٩٤ الفصل الثاني عشر الكلام في أحكام الخيار
- ٢٩٤ اشارة
- ٢٩٤ [الحكم] الأول: إرث الخيار
- ٢٩٤ اشارة
- ٢٩٤ المسألة الأولى: الخيار موروث بأنواعه.
- ٢٩٤ اشارة
- ٢٩٥ ١- كونه حقًا لا حكما،
- ٢٩٥ ٢- كونه حقًا قابلا للانتقال.
- ٢٩٥ الضابطة في تمييز الحكم عن الحق:
- ٢٩٧ فروع:
- ٢٩٧ الأول: قال الشيخ الأعظم، إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال،
- ٢٩٨ الثاني: لو كان الوارث ممنوعا عن الإرث

- الثالث: لو كان حرمان الوارث لا لنقصان فيه، ٢٩٨
- اشارة ٢٩٨
- ١- [القول الأول] ٢٩٨
- ٢- [القول الثاني] ٢٩٨
- ٣- [القول الثالث] التفصيل بين كون ما يحرم منه منتقلا إلى الميت بالبيع- كالعقار، و بين كونه منتقلا عنه، ٢٩٨
- ٤- [القول الرابع] عدم الجواز فى الصورة الأولى ٢٩٩
- حجة القول الأول: ٢٩٩
- حجة القول الثاني: ٢٩٩
- حجة القول الثالث: ٣٠٠
- حجة القول الرابع: ٣٠٠
- المسألة الثانية: فى كيفية إرث الخيار مع تعدد الورثة: ٣٠٢
- اشارة ٣٠٢
- ١- [الوجه الأول] ٣٠٢
- ٢- [الوجه الثاني] ٣٠٢
- ٣- [الوجه الثالث] ٣٠٢
- ٤- [الوجه الرابع] ٣٠٣
- أما الوجه الأول: ٣٠٣
- و أما الوجه الثاني: ٣٠٥
- و أما الوجه الثالث: ٣٠٥
- اشارة ٣٠٥
- إما الأمر الأول: ٣٠٦
- و أما الأمر الثاني: ٣٠٦
- و أما الوجه الرابع: ٣٠٦
- فرع: ٣٠٧

- المسألة الثالثة: هل الخيار المجعول للأجنبي يورث أو لا؟ ٣٠٩
- الحكم الثاني: تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ ٣٠٩
- اشارة ٣٠٩
- [الأمر] الأول: ٣٠٩
- [الأمر] الثاني: ٣٠٩
- [الأمر] الثالث: ٣٠٩
- أما الأول: ٣١٠
- اشارة ٣١٠
- ١- الاجماع على حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول، ٣١٠
- ٢- بناء العقلاء على حصوله بالفعل كحصوله بالقول ٣١٠
- و أما الثاني: ٣١٠
- و أما الثالث: ٣١١
- المسألة الأولى: ٣١٢
- اشارة ٣١٢
- [المورد] الأول: إذا تصرف ذو الخيار فيما انتقل عنه، تصرفا يتوقف على الملك: ٣١٢
- [المورد] الثاني: إذا تصرف فيما انتقل عنه بالبيع و نحوه: ٣١٣
- اشارة ٣١٤
- [القول] الأول: إن هذه العقود باطلة: ٣١٤
- [الأدلة على البطلان] ٣١٤
- اشارة ٣١٤
- ١- إن صحة البيع و نحوه مشروط بالملك، ٣١٤
- ٢- إن الصحة مستلزم للدور ٣١٤
- ٣- إن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد ٣١٤
- [القول] الثاني: صحة هذه العقود: ٣١٥

- المسألة الثانية: في تصرف غير ذي الخيار فيما انتقل إليه: ٣١٦
- اشارة ٣١٦
- ١- [القول الأول] ٣١٦
- ٢- [القول الثاني] ٣١٦
- ٣- [القول الثالث] ٣١٦
- ٤- [القول الرابع] ٣١٦
- ٥- [القول الخامس] ٣١٦
- ألف: جواز التصرف تكليفا و عدمه: ٣١٧
- استدل على القول الأول: بعموم سلطنة الناس على أموالهم، ٣١٧
- استدل على القول الثاني: بأن المقتضى و إن كان موجودا، لكن المانع غير مفقود ٣١٧
- أما القول الثالث: ٣١٨
- و أما القول الرابع: ٣١٨
- أما القول الخامس: ٣١٨
- ب: في الجواز الوضعي: ٣١٩
- ج: هل يجبر على فسخ العقد الثاني؟ ٣١٩
- د: على القول بعدم النفوذ هل ينفسخ من أصله أو من حينه: ٣٢٠
- احتمال الفرق بين الخيار المنجز و غيره في جواز التصرف: ٣٢١
- المسألة الثالثة: إيجار المبيع في زمان الخيار بدون إذن ذي الخيار: ٣٢١
- المسألة الرابعة: الاذن في التصرف: ٣٢٣
- اشارة ٣٢٣
- هل الاذن في التصرف فسخ: ٣٢٣
- [الحكم] الثالث: تملك المبيع بالعقد لا به و بانقضاء الخيار «١» ٣٢٤
- اشارة ٣٢٤
- ١- [القول الأول] ٣٢٤

- ٢- [القول الثاني] ٣٢٤
- ٣- [القول الثالث] ٣٢٤
- [وجوه أحقية القول الأول و هو المشهور] ٣٢٥
- اشارة ٣٢٥
- ١- سيرة العقلاء في كل عصر و مصر ٣٢٥
- ٢- الاستدلال بالعمومات، ٣٢٥
- ٣- ما أشار إليه صاحب الجواهر بقوله: ٣٢٦
- ٤- الروايات الظاهرة في مذهب المشهور، ٣٢٦
- اشارة ٣٢٦
- ألف- صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: ٣٢٧
- ب- ما يدل من الروايات على سقوط خيار المشتري بالتصرف في المبيع ٣٢٧
- ج- الاستدلال بأخبار العينة ٣٢٧
- د- ما دلّ على جواز بيع الخيار بشرط ردّ الثمن ٣٢٨
- هـ- النبوي المعروف «الخراج بالضمان» ٣٢٩
- الاستدلال على مذهب الشيخ: ٣٢٩
- [الحكم] الرابع: التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له ٣٣١
- اشارة ٣٣١
- دليل القاعدة: ٣٣١
- [البحث عن جهات]: ٣٣٢
- اشارة ٣٣٢
- الأولى: في بيان القيود الواردة في النصوص ٣٣٢
- الثانية: في أنّ القاعدة بصدد توسيع ضمان البائع قبل القبض. ٣٣٢
- الثالثة: في أنّ ضمان البائع على خلاف القاعدة. ٣٣٣
- الرابعة: في تبين ما هو المقصود من قولهم، يفرض المبيع تالفا في ملك البائع. ٣٣٣

- ٣٣٣ [البحث عن أمور]:
- ٣٣٣ اشارة
- ٣٣٣ ١- هل الحكم مختص بالحيوان أو يعتم غيره؟
- ٣٣٤ ٢- هل الحكم مختص بالخيارين؟
- ٣٣٥ ٣- هل الضمان يختص بصورة القبض أو لا؟
- ٣٣٥ ٤- هل الحكم مختص بتلف المبيع أو يعتم تلف الثمن؟
- ٣٣٦ ٥- هل الحكم مختص بالمبيع الشخصي أو يعتم الكلى؟
- ٣٣٨ ٦- ما هو معنى الضمان فى القاعدة؟
- ٣٤٠ ٧- ضامن للعين و الوصف:
- ٣٤٠ ٨- الحكم يختص بالتلف و لا يعتم الاتلاف:
- ٣٤٠ اشارة
- ٣٤٠ ألف: رجوع البائع إلى المتلف:
- ٣٤٢ ب: رجوع البائع إلى المشتري:
- ٣٤٢ ج: التخيير بين الرجوع إلى المشتري و المتلف:
- ٣٤٣ [الحكم] الخامس: حكم التسليم فى زمن الخيار
- ٣٤٣ [الحكم] السادس: عدم بطلانه بتلف العين
- ٣٤٣ اشارة
- ٣٤٥ مسألة: فى ضمان العين بعد الفسخ:
- ٣٤٥ الفصل الثالث عشر أحكام النقد و النسيئة
- ٣٤٥ اشارة
- ٣٤٦ المسألة الأولى: إطلاق العقد يقتضى النقد:
- ٣٤٧ المسألة الثانية: هل التصريح بالتعجيل تأكيد أو تأسيس:
- ٣٤٧ اشارة
- ٣٤٧ مسألة: شرط تأجيل الثمن:

- المسألة الثالثة: البيع بثمن حالا و بأزيد مؤجلا ٣٤٩
- اشارة ٣٤٩
- صور المسألة ثبوتا: ٣٤٩
- المسألة الرابعة: إذا كان الثمن هو الأقل و الزيادة شرطا: ٣٥١
- المسألة الخامسة: في حكم الثمن المؤجل: ٣٥٣
- المسألة السادسة: فيما إذا كان الثمن حالا أو صار حالا: ٣٥٥
- المسألة السابعة: في تأجيل الثمن الحال بأزيد منه: ٣٥٧
- المسألة الثامنة: في بيع المبتاع بالثمن المؤجل من البائع: ٣٥٨
- اشارة ٣٥٨
- و أما الأقوال: ٣٥٩
- ١- الجواز مطلقا ٣٥٩
- ٢- الجواز بشرط المساواة في الثمن إذا باعه من البائع دون غيره، ٣٥٩
- ٣- عدم جواز البيع إلا إذا حلّ الأجل ٣٥٩
- ٤- الجواز في غير الطعام مطلقا ٣٥٩
- [أدلة القول الأول] ٣٦٠
- المسألة التاسعة: فيما إذا اشترط الشراء في البيع: ٣٦٣
- الفصل الرابع عشر القول في حقيقة القبض ٣٦٤
- اشارة ٣٦٤
- اشكالان: ٣٦٤
- القول في وجوب القبض ٣٦٧
- اشارة ٣٦٧
- في وجوب تسليم المبيع مفرغا ٣٦٨
- إذا كان المبيع أرضا مشغولة بالزرع ٣٦٩
- في امتناع البائع عن التسليم ٣٧٠

- ٣٧٠ اشارة
- ٣٧٠ [الصورة] الأولى:
- ٣٧٠ [الصورة] الثانية:
- ٣٧١ اشارة
- ٣٧١ ١- أما أن يستوفى البائع منفعة المبيع بالسكونة في الدار و أكل ثمرة الشجرة،
- ٣٧١ ٢- أما أن لا يستوفى المنفعة
- ٣٧١ الكلام في أحكام القبض
- ٣٧١ اشارة
- ٣٧١ المسألة الأولى: في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري:
- ٣٧١ اشارة
- ٣٧٣ الانفساخ من الأصل:
- ٣٧٤ فروع ذكرها الشيخ:
- ٣٧٥ المسألة الثانية: في تلف الثمن المعين قبل القبض:
- ٣٧٦ المسألة الثالثة: حكم ضمان العوضين في غير البيع:
- ٣٧٦ المسألة الرابعة: في تلف بعض المبيع قبل قبضه:
- ٣٧٧ اشارة
- ٣٧٧ دليل القائل بعدم جواز الارش:
- ٣٧٧ دليل القائل بالارش:
- ٣٧٩ المسألة الخامسة: إذا تعيب بفعل شخص:
- ٣٧٩ المسألة السادسة: في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه:
- ٣٧٩ اشارة
- ٣٨٠ الأول: المنع من بيع ما لم يقبض مطلقا:
- ٣٨١ الثاني: ما يدل على المنع في المكيل و الموزون:
- ٣٨١ الثالث: ما يدل على المنع في المكيل و الموزون إلا التولية:

- ٣٨٢ الرابع: ما يدل على المنع مطلقا في خصوص الطعام:.....
- ٣٨٢ الخامس: ما يدل على الجواز في خصوص الطعام بنحو التولية و غيرها:
- ٣٨٣ السادس: ما هو ظاهر في الكراهة:.....
- ٣٨٣ السابع: ما يدل على الجواز:.....
- ٣٨٦ المسألة السابعة: في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي و عدمه؟.....
- ٣٨٦ المسألة الثامنة: هل المنع يشمل الثمن أو لا؟.....
- ٣٨٦ اشارة.....
- ٣٨٧ عمومية الحكم لمطلق المعاوضة:.....
- ٣٨٧ المسألة التاسعة: لو دفع الدراهم إلى من له عليه طعام لاشترائه:.....
- ٣٨٨ المسألة العاشرة: لو طالب المتاع في غير بلد الاستحقاق:.....
- ٣٩٠ تعريف مركز القائمية باصفهان للتمريبات الكمبيوترية.....

المختار في أحكام الخيار: دراسته مبسطة في الخيار و أحكامه و الشروط و النقد و السيئة و القبض

إشارة

سرشناسه : سبحانی تبریزی، جعفر، - ۱۳۰۸
 عنوان و نام پدید آور : المختار في احكام الخيار: دراسته مبسطة في الخيار و احكامه و الشروط و النقد و السيئة و القبض / تاليف جعفر سبحانی
 مشخصات نشر : قم: موسسه الامام الصادق، ۱۴۱۴ق. = ۱۳۷۲.
 مشخصات ظاهري : ص ۷۵۶
 شابک : ۴۵۵۰ ریال ؛ ۴۵۵۰ ریال
 یادداشت : عربی
 یادداشت : کتابنامه به صورت زیر نویس
 موضوع : معاملات (فقه)
 موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴
 رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/س ۳م ۳ ۱۳۷۲
 رده بندی دیوبی : ۲۹۷/۳۷۲
 شماره کتابشناسی ملی : م ۷۲-۳۹۹۵

[المقدمة]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على خاتم رسله و آخر سفرائه و أمينه على وحيه و صفيته من عباده امام الرحمة، و قائد الخير، و مفتاح البركة، و على آله حجج الله في أرضه الذين ختم بهم على جميع من ذرأ و جعلهم شهداء على من جحد، و كثّرهم بمنه على من قل، صلاة دائمة ما دامت السماء ذات أبراج و الأرض ذات فجاج «١».

أما بعد: فقد طلب مني حصار بحوثي الفقهية الكرام، القاء محاضرات في أحكام المعاملات- و ذلك بعد إنهاء البحث- عن أحكام النكاح و الطلاق و الفرائض (الأحوال الشخصية)، فلبيت طلبهم، و نزلت عند رغبتهم، فاخترت أحكام الخيارات على ضوء ما أفاده الشيخ الأعظم الأنصاري- قدس الله سره- ملتزما بالبحث عن الأهم فالأهم، معرضا عما لا يمس الحياة، و لا يمت إلى الفقه بصله.

(١)- مقتبس من دعاء الإمام زين العابدين- عليه السلام- في الصحيفة، الدعاء ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤

و تشتمل هذه الصحائف على لب ما ألقيته في المحاضرات و أرجو أن تكون رصيذا لبغاة الفقه الإسلامي، و مصباحا لمن يريد أن يسلك طريقه و يقتطف ثماره ...

و تتميز هذه المحاضرات بأمر ثلاثة:

١- إن رائدنا في عنوان المسائل و تنظيمها، هو كتاب الشيخ الأعظم الأنصاري في الخيارات و أحكامها و الشروط و النقد و النسيئة و القبض- فلذلك مشينا على ضوئه ترتيبا و عنوانه- و اقتفينا أثره بتوضيح مقاصده تارة، و نقدها أخرى بتعابير خالية عن التعقيد.

٢- لما كان للمشايخ العظام- الذين جاءوا بعده و تربوا في أحضانهم، و ارتووا من منهل علمه- آراء و أفكار جديدة فيها فقد عطفنا النظر إليها أيضا، و قمنا بتحليلها بالمشراط العلمي- فلذلك- ترى بعض المواضع طويلة الذيل، مترامية الأطراف.

٣- الالمام إلى آراء المتقدمين من الفقهاء حتى يتبين للنظر مسير المسألة تاريخيا و تتخذ المحاضرات لنفسها صبغة الفقه المقارن حتى ينتفع بها القارئ الكريم.

و الله الهادي إلى سواء السبيل و هو حسبي و نعم الوكيل

قم- مؤسسة الإمام الصادق جعفر السبحاني

٦- ربيع الأول من شهر عام ١٤١٣

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥

الفصل الأول الخيار لغة و اصطلاحا

إشارة

الأصل في البيع اللزوم.

ما هو الدليل على هذا الأصل في الكتاب و السنة.

الاستدلال بالأصل على اللزوم.

الأصل المعارض لهذا الأصل.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧

الخيار لغة و اصطلاحا الخيار اسم مصدر من الاختيار، نصّ به الجوهري في الصحاح، و قال:

الخيار: الاسم من الاختيار، و تبعه ابن منظور في لسان العرب، و الفيروز آبادي في القاموس، و الزبيدي في تاج العروس، و يظهر أيضا من النهاية الأثرية في تفسير قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» فقال: الخيار: الاسم من الاختيار، و هو طلب خير الأمرين: إمّا امضاء البيع أو فسخه.

و لعل وجهه هو أنّ المصدر الثلاثي من الفعل المزيد فيه، يكون اسم مصدر لا نفسه، مثل قوله: طلق طلاقا، أو اغتسل غسلا، و في المقام: اختار خيارا.

و أمّا معناه لغة: فالظاهر أنّه بمعنى الاصطفاء. قال سبحانه: وَ اخْتَارَ مُوسَى قَوْمَهُ سَبْعِينَ رَجُلًا لِمِيقَاتِنَا (الأعراف / ١٥٥) و قال: وَ أَنَا اخْتَرْتُكَ فَاسْتَمِعْ لِمَا يُوحَى (طه / ١٣) و مثلها آيات أخر «١».

فإذا كان الخيار بمعنى الترجيح فهو من مقدمات الإرادة بعد تصوّر المراد و التصديق بملائمته للطبع أو العقل، أى ترجيحه ثم الاشتياق إلى ايجاده، ثم التصميم.

فعلى ذلك فالمعنى اللغوي منه يغاير المعنى المعروف بين الفقهاء، فهو عندهم بمعنى حقّ الخيار، و حقّ الاصطفاء، لا-الاختيار و الانتخاب، فلا مناص عن القول بالنقل عن المعنى اللغوي إلى المعنى الاصطلاحى و هو حقّ الترجيح و حقّ الاصطفاء.

(١)- القصص / ٦٨، الدخان / ٣٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٨

إشارة

عرّف الخيار المصطلح بوجه:

ألف - الخيار: هو حقّ الاصطفاء من الفسخ و عدمه،

و إن شئت قلت:

سلطنة ذى الخيار على الفسخ، فالخيار من مقولة «الحق» و هو سلطنة خاصة للعاقده على تعيين أحد الطرفين.

ب - الخيار: هو ملك فسخ العقد.

و هو المنقول عن «فخر المحققين» (١).

و اعترض عليه بأنه غير جامع و لا مانع. أمّا الأول فلخروج الخيار الثابت فى مورد المحجور عليه كالسفيه و المجنون، إذ لا سلطنة لهما على فسخ العقد.

و أمّا الثانى فلدخول موارد فى التعريف مع أنّها ليست من الخيار المصطلح، أعنى:

- ١- ملك الفسخ فى العقود الجائزة.
- ٢- ملك الفسخ فى العقد الفضولى.
- ٣- ملك الوارث ردّ العقد على ما زاد على الثلث.
- ٤- ملك العمّة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت.
- ٥- ملك الأمّة المزوّجة من عبد، فسخ العقد إذا أعتقت.
- ٦- ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب.

(١) - نسبة الشيخ الأنصارى إلى موضع من الايضاح و لم نجده فى الموضع المعدّ لبيانه، لاحظ: إيضاح القواعد: ١ / ٤٨٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩

يلاحظ على الأول: أنّه داخل فى التعريف، إذ السلطنة ثابتة للمحجور عليه، و هو مالك لزام العقد لكنّه لا يقوم به بنفسه، بل يقوم به غيره، و ليس التعريف ظاهراً فى كون صاحب السلطنة قائماً بنفسه بإعمالها، و بعبارة أخرى:

المحجور عليه، يملك فسخ العقد، و لكنّه ينوب عنه وليه، كسائر التصرفات التى فيها غبطة المحجور عليه فيقوم به وليه.

و يلاحظ على الثانى: أنّه تختلف أحكام هذه الموارد. أمّا الأولان: فلا يدخلان فيه و ذلك لأنّ المراد من ملك الفسخ هو السلطنة عليه، الحاصلة من العقد، النابعة منه، بمعنى أن يكون العقد سبباً للسلطنة كما فى خيارى المجلس و الحيوان و غيرهما. و أمّا ملك الفسخ فى العقود الجائزة و العقد الفضولى: فليس نابعا من عقد العارية أو عقد الفضولى، و إنّما هو نابع من ملكية المعير للمستعار، و ملكية المالك لماله المبيع بغير اذنه، و بعبارة أخرى: أنّ قوله: «ملك فسخ العقد» هو السلطنة الابتدائية الحاصلة بالعقد و السلطنة فى الموردين ليست ابتدائية، بل ثابتة قبل العقد، لعدم انقطاع العلقه بين المالك و ماله، لا فى العقود الجائزة و لا فى البيع الفضولى.

و أمّا المتوسّطان: فلأنّ المتبادر من ملك فسخ العقد هو تملك العاقده فسخ عقده كما فى الخيارات المعروفة، و الأمر فيهما ليس كذلك بل الزوجه مالكة لفسخ عقده كما فى الخيارات المعروفة، و الأمر فيهما ليس كذلك بل الزوجه مالكة لفسخ عقد زوجها، كما أنّ الوارث مالك لفسخ عقد المورث، فيما زاد على الثلث، فمثل ذلك غير داخل فى التعريف حتى يحتاج إلى الاخراج، و إن

شئت قلت: المتبادر ملك فسخ عقد نفسه لا عقد غيره.

و أما الأخيران: فلا وجه لاجراجهما فكل من الزوج و الزوجه ذو خيار عند

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠

ظهور العيوب المجوزة للفسخ، كما أن الأمه المزوجه من عبد ذات خيار، إذا اعتقت. فتلخص أن التعريف جامع و مانع و هو عبارة أخرى عما اخترناه من التعريف من السلطنة على الفسخ و عدمه.

ج- الخيار: هو ملك إقرار العقد و إزالته.

و أورد عليه الشيخ: بأن المراد من اقرار العقد إما ابقاؤه على حاله بترك الفسخ، أو جعله عقدا لازما غير قابل للفسخ. فعلى الأول، فذكره مستدرک لكفاية قوله «ملك ازالته» عن ذكر اقرار العقد و ابقاؤه على حاله، لأن من يملك الازالة، يملك الابقاء على حاله.

و على الثانى، يكون مرجعه إلى إسقاط حق الخيار، لأن جعل العقد لازما غير قابل للانفساخ، لا يتحقق إلا بإسقاط حق الخيار، فلا يؤخذ مثله فى تعريف نفس الخيار.

أضف إلى ذلك: أنه لا يصدق التعريف- على الاحتمال الثانى- إلا على الخيار القائم بطرف واحد لا الخيار المشترك، إذ باسقاطه لا يصير العقد عقدا لازما إلا من طرفه لا مطلقا مع أن ظاهر التعريف كونه لازما مطلقا.

يلاحظ على الأول: بأن كل واحد من القيدین يغنى عن الآخر، فملك اقرار العقد يلزم ملك ازالته كما أن ملك الازالة يلزم ملك الاقرار، فعلى ذلك، فليس الاستدراك منحصر فى لفظ اقرار العقد، بل ذكر كل واحد، يوجب استدراك الآخر.

و مع ذلك كله لا يعد مثل ذلك استدراكا إذا كان الهدف هو التعريف بصورة واضحة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١

و أما الثانى أعنى: جعل العقد لازما و غير قابل للفسخ، فليس مرجعه إلى إسقاط حق الخيار بل إلى جعل العقد عقدا لازما غير قابل للفسخ، فلا يلزم من تفسيره بالمعنى الثانى أخذ إسقاط الخيار فى تعريف الخيار، غاية الأمر أن الإسقاط سبب لجعله لازما لا نفسه.

و الشاهد على ذلك: أنك لو عرفت الخيار بما ذكر، لا يكون مخالفا لما هو المتبادر من الخيار عند العقلاء، بخلاف ما لو فسرت بقولك: «الخيار هو إسقاط حق الخيار».

و أميا ما أفيد أخيرا من ظهوره فى جعله لازما مطلقا من كلا الطرفين، فليس التعريف ظاهرا فيه بل المتبادر هو الأعم منه و من اللزوم النسبى.

ثم إن المتبادر من الروايات فى تفسير الخيار هو التعريف الأول و الثانى.

قال صلى الله عليه و آله و سلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» (١) فمعناه أن له السلطنة على انتخاب أحد الطرفين إلى أن يفترقا و بعده لا سلطنة له.

و فى رواية الحلبي ... فإذا افترقا و جب البيع (٢).

و روى الصنفار عن أبى محمد- عليه السلام- فى الدابة التى أحدث فيها المشتري حدثا من أخذ الحافر و غيره، أنه- عليه السلام- وقّع:

«إذا أحدث فيها حدثا فقد و جب الشراء» (٣). وجه الدلالة أنه إذا كان البيع بمعنى العقد متعلقا للزوم يكون العقد متعلقا للخيار أيضا.

(١)- الوسائل: ١٢، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣-٤.

(٢)- الوسائل: ١٢، الباب الأول من أبواب الخيار، الحديث ٣-٤.

(٣) - المصدر نفسه: الباب الرابع، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢

الأصل فى البيع اللزوم

إشارة

قال العلامة فى التذكرة: الأصل فى البيع اللزوم «١».

ما هو المراد من «الأصل» فى المقام؟

إشارة

قد ذكرت عدة احتمالات:

١- الراجح:

مستندا فى تصحيحه إلى الغلبة.

و أورد عليه: أنه إن أراد غلبة الأفراد فغالبا ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط.

و إن أراد الغلبة من حيث الزمان فهى لا تنفع فى الأفراد المشكوكه لأن الفرد المشكوك من البيع، مشكوك من أول وجوده و أنه هل هو جائز أو لازم، فلا يفيد كونه البيع فى أغلب الأزمنة لازما.

٢- القاعدة المستفاد من العمومات

التي يجب الرجوع إليها عند الشك.

٣- الاستصحاب:

أى استصحاب بقاء أثر العقد بعد الفسخ.

٤- المعنى اللغوى:

بمعنى أن وضع البيع و أساسه عرفا على اللزوم و صيرورة المالك الأول كالأجنبى، فإن لكل معاملة فى نظر العقلاء طبا خاصا، فطبيعة العارية هو الجواز لأن المعير لم يقطع علاقته عن ماله، و إنما دفعه إلى المستعير

(١) - التذكرة: ١ / ٤٩٠، إيضاح الفوائد فى شرح القواعد: ١ / ٤٨٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣

ليقتضى به حاجته ثم يرده إلى صاحبه، بخلاف طبيعة الوقف فإنها عبارة عن قطع المالك علاقته عن الموقوف، و ادخاله فى سلطة

الموقوف عليهم، و مثله البيع فإنَّ غرض كل من المتعاقدين هو التصرف فيما صار إليه تصرفاً مأموناً من نقض صاحبه عليه. و بعبارة أخرى: أنَّ كلاً من البائع و المشتري إنما يقدم على البيع لأن يقضى بالثمن أو المثل، حاجته التى لا تقضى إلا أن يكون مالكا له على وجه، تنقطع به سلطة البائع، فالمشتري - مثلاً - يريد أن يشتري بيتاً و يسكن فيه و تحصل له الطمأنينة من أزمه المسكن بحيث لا تكون للبائع سلطة الرد و تعود المشكله، أو يريد أن يجعله صداقاً لامرأته أو غير ذلك من الأمور التى تقتضى بطبعها كون البيع عقداً لازماً.

و لعلَّ هذا الوجه أحسنها و أطبقها على عبارة التذكرة، بل هو كاف فى اثبات اللزوم للبيع فى موارد الشك من دون حاجة إلى التجسّمات التى ارتكبتها الشيخ فى أول البيع. و فى المقام، فإذا كانت طبيعة البيع فى نظر العرف مقتضية للزوم و قد أمضاه الشارع بما له هذه الطبيعة، فهو المحكّم فى الموارد المشكوكه حتى يدل دليل على خلافه كما هو الحال قبل التفريق، و بالجملة: الأولى دراسة طبائع المعاملات و خصائصها و نتائجها عند العرف حتى نقضى على أن الأصل ما هو، و من المعلوم أنها بهذا الوصف، وقع مورد التصويب و الامضاء، فما لم يدل دليل على خلافه يؤخذ بالمعنى المتبادر عند العرف.

ثم إنَّ العلامة ذكر أنه يخرج من هذا الأصل بأمرين: ثبوت خيار، أو ظهور عيب. و يحتمل أن يكون العطف من باب عطف الخاص على العام كما يحتمل أن

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤

يكون من باب عطف المبين على المبين، و أن المراد من المعطوف عليه، ما كان ثابتاً بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدين، و من المعطوف ما اقتضى نفس المعاملة كما إذا كان أحد العوضين معيباً. و هناك وجه ثالث، و هو: أن وجه التفكيك بين خيار العيب و سائر الخيارات، هو أن الثابت فى الثانى هو الفسخ فقط و فى الأول الفسخ و الارش معاً.

ما هو الدليل على أن الأصل هو اللزوم:

إشارة

استدلَّ الشيخ عليه بآيات و روايات، نذكر المهم منها:

[الاستدلال بالآيات القرآنية]

١- آية الوفاء بالعقود:

إشارة

قال سبحانه: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ «١».

وجه الدلالة: أن المراد بوجوب الوفاء، العمل بما اقتضاه العقد فى نفسه بحسب الدلالة اللفظية، و من المعلوم أن مدلول عقد البيع حسب الدلالة اللفظية هو ملكية المشتري للمثل، فيجب حسب الآية، العمل بما تقتضيه ملكيته، فكما أن أخذه من يده بغير رضاه و التصرف فيه، نقض لمضمون ذلك العقد، فهكذا التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضا صاحبه، حرام. فمدلول الآية حسب الدلالة المطابقية، حرمة كل تصرف يعد نقضاً لملكية المشتري للمثل سواء أ كان قبل الفسخ كما هو المسلّم أو بعد الفسخ كما هو مورد البحث، فإذا

(١) - المائده / ١.

المختار فى احكام الخيار، ص: ١٥

حرم التصرف، كشف عن بطلان الفسخ و هو ملازم للزوم البيع، فمدلول الآية حكم تكليفى و هو حرمه كل تصرف يعد نقضا فينتزع منه حكم وضعى و هو بطلان الفسخ المساوى للزوم.

أورد على الاستدلال بالآيه بما يلى:

إن معنى وجوب الوفاء بالعقد، العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز، فلا يتم الاستدلال به على اللزوم لأنه لم يحرز - بعد - أن مفاد العقد فى البيع، هو اللزوم.

و بعبارة أخرى: الآية تقضى بأنه يجب العمل على طبق العهد و العقد، فلو كان العقد لازما تجب الحركة على طبقه، و إن كان جائزا تجب كذلك، و هذا مثل ما يقال: يجب العمل بالأحكام الشرعية، فيدخل تحته العمل بالواجبات و المستحبات.

فأجاب عنه الشيخ: إن اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد و ليسا من مقتضيات العقد فى نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع، فالذى يجب الوفاء به ما هو مقتضاه حسب الدلالة اللفظية، و ما يدل عليه العقد بهذه الدلالة هو مالكية المشتري للمثمن فيجب الوفاء بها و الاحترام لها، و أما الوجوب و اللزوم فخارجان عن مفاد العقد فيخرج عن اطار وجوب الوفاء.

هذا توضيح ما أفاده الشيخ:

يلاحظ على أصل الاستدلال أولا: بالفرق بين التصرف قبل الفسخ و التصرف بعده، فالأول حرام بحكم الآية لأنه نقض لمضمون العقد المتحقق فعلا على وجه القطع، و أما الثانى فبما أن العقد مشكوك البقاء بعد الفسخ لاحتمال كون البيع عقدا جائزا يجوز حله، فلا يصح لنا القول بأنه نقض للوفاء بالعقد، لأن

المختار فى احكام الخيار، ص: ١٦

العقد بعد مشكوك، و التمسك بالآيه فى هذا الظرف تمسك بالعام فى الشبهه المصادقيه.

و بعبارة أخرى: أن وجوب الوفاء بالعقد فرع وجوده، فهو بعد مشكوك و لا يحرز إلا بالاستصحاب، و المفروض الاستدلال بالآيه لا به، و سيجىء البحث عنه مستقلا.

و ثانيا: أن الوفاء بالعقد و العهد يتصور على وجهين: أنى و استمرارى، إذ يتصور للعقد، تاره وفاء استمرارى كما إذا نذر صلاة الليل فى كل ليلة أو نذر ألا يشرب التبغ إلى سنه، ففى هذه الصورة يكون كل زمان موضوعا للوفاء بالعقد و العهد، فلو صلى شهرا و تركها شهرا، فقد نقض عهده و لم يف بعقده.

و أخرى وفاء أنى كما فى البيع، فإن من باع شيئا بشيء فالوفاء به عبارة عن تملك الثمن و تملك الثمن، فإذا قاما بهذا الأمر فقد وفاء بالعقد، و ليس بعده موضوع حتى يجب الوفاء به، حتى و لو نزع الثمن من يد المشتري جبرا و ظلما بعد ما دفع إليه اختيارا ففى هذا الوقت، ارتكب الحرام و غصب مال الناس، لا أنه نقض عهده و لم يف بعقده.

و بذلك يظهر ضعف ما أفاده أحد السادة - قدس سره - حيث قال: إن معنى الوفاء يختلف باختلاف متعلقه، فإن تعلق بفعل، كان بمعنى إيجاده كالوفاء بالوعد، و إن تعلق بوجود، كان بمعنى ترتيب الآثار عليه كالوفاء بالعقد حيث إنه موجود قد وجد بانشائه. إلا أن اطلاق الأمر به بآى معنى كان، و عدم تقيده بقيد «ما لم يفسخ» يوجب ظهوره عرفا فى عدم انحلاله و انفساخه بحل العقد و فسخه من دون رضا المعقود له كما أن اطلاق «أوفوا بالعقد و النذر و الشرط» يدل

المختار فى احكام الخيار، ص: ١٧

على عدم انحلالها بحل العاهد و الناذر و الشارط من دون رضا المعهود له، و المنذور و المشروط له، و هو معنى اللزوم «١».

وجه الضعف هو الفرق الواضح بين الوفاء بالنذر و العهد، و الوفاء بالعقد، فإنّ الوفاء في الأولين يتصوّر له استمرار، كما إذا كانت مدّة النذر سنة. و أما البيع فلا يتصوّر له مدّة وراء الزمن الذي اتّفقا عليه من كون المبادلة نقداً أو نسيئةً أو سلفاً، فإذا قاما على ما عقدا عليه و تفرّقا و حصل القبض، فقد و فيا بعدهما و حصل الامتثال و سقط الأمر لحصول الموضوع، فالوفاء بعد هذه المدّة خارج عن مدلول الآية.

و يلاحظ على ما ذكره الشيخ في دفع الاشكال على الاستدلال من التفكيك بين مضمون العقد و أحكامه و القول بأنّ ما يجب به الوفاء هو مضمون العقد لا- أحكامه الشرعية و العرفية، بأنّه تفكيك عقلي لا يلتفت إليه العرف، إذ هو لا يميّز بين مضمون العقد (مالكية المشتري) و أحكامه من لزوم البيع و جوازه، فما ذكره- قدس سره- من أنّ اللزوم و الجواز من الأحكام الشرعية للعقد و ليس من مقتضيات العقد، مع قطع النظر عن حكم الشارع و إن كان صحيحاً لكن العرف لا يميّز بينهما. فعندئذ يصحّ ما نقله من الاعتراض من أنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد هو العمل بما يقتضيه من لزوم و جواز، فلا يصحّ الاستدلال بوجوب الوفاء على لزوم البيع. و الانصاف أنّ الآية قاصرة عن الدلالة على لزوم البيع بعد الفسخ فلا بدّ من التماس دليل آخر.

(١)- نثرات الكواكب، ص ٤.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٨

دب اشكال عن دلالة الآية:

و ربّما يعترض على دلالة الآية بأنّ المراد من العقود في الآية هو العهود، كما ورد في مرسله عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: سألته عن قول الله عزّ و جلّ: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ؟** قال: العهود «١». فتكون الآية أجنبية عن المقام، إذ لا عهد في البيع و نظائره.

قال أبو عبيدة: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**: واحداً عقداً و مجازها العهود، و الأيمان التي عقّدت.

و قال الحطيئة:

قوم إذا عقدوا عقداً لجارهم شدّوا العناج و شدّوا فوقه الكربا

و يقال: اعتقد فلان لنفسه «٢».

يلاحظ عليه- مضافاً إلى أنّ الرواية مرسله نقلها العياشي في تفسيره، و عامّة رواياته في التفسير الموجود بأيدينا مراسيل-: أنّ العقد في اللغة كما صرّح به الراغب في مفرداته: هو الجمع بين أطراف الشيء، و يستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل و عقد البناء. و على هذا فليس له معنى سوى ما هو المتبادر من أمثال عقد الحبل و عقد أطراف الرداء، و أمّا استعماله في الأمور المعنوية فباستعارة و تناسب، فكأنّه بالتبادل يعقد المعوض بالمعوض أو ذمته بذمّة الآخر فتحصل منهما حالة خاصة تطلق عليها العقدة، قال سبحانه: **وَلَا تَعْرِضُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ**

(١)- الوسائل ج ١٦، الباب ٢٥ من أبواب النذر و العهد، الحديث ٣.

(٢)- مجاز القرآن لأبي عبيدة معمر بن المثنى التيمي (المتوفى عام ٢١٠) ج ١، ص ١٤٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٩

حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ (البقرة/ ٢٣٥)، و قال سبحانه: **إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُورَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ** (البقرة/ ٢٣٧).

و بذلك يعلم أنّ استعماله في العهد لأجل أنّ فيه شدّاً و ربطاً بين العاهد و المعهود، و ليس العهد إلّا مصداقاً من مصاديق المعنى

الكلى الشامل لكل أمر فيه نحو عقد و توثيق بين الشيتين. و الشاهد على ذلك أن فعل هذه المادة استعمل فى الذكر الحكيم فى التحكيم و التوثيق الموجود فى نفس اليمين، قال سبحانه: **لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ (المائدة/ ٨٩)** أى حلفتم بوعى و دقته، و قال سبحانه: **وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ (النساء/ ٣٣)** و الظاهر أن المراد من الآية الأخيرة هو ضامن الجريرة، و أما الرواية فيمكن أن تكون مشيرة لمصداق ربما يغافل عنه الانسان، فإن العهود و المواثيق و الأيمان عقود و عهود يجب الوفاء بها. و على ذلك فالآية مطلقة تعم كل عقد عقدة الانسان و لا يحل إلا بسبب. هذا و إن للأعلام حول الآية كلمات فى تقريبها للدلالة على المقصود، و لكنها ليست بمقنعة و لا متبادرة من الآية حتى تكون حجة، بل أكثرها مفروضة عليها فإن الاستظهار يجب أن يكون على حد فهم العرف من الآية و ليست كذلك فلاحظ.

٢- آية حلية البيع:

قال سبحانه: **الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠

فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (البقرة/ ٢٧٥).

و قد استدلل بها الشيخ فى المقام، قائلا بأن حلية البيع لا يراد منها إلا حلية جميع التصرفات «١» المترتب عليه، التى منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضا الآخر، مستلزما لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغوا غير مؤثر «٢».

يلاحظ عليه: بأن الاستدلال فرع كون الآية فى مقام بيان حلية جميع التصرفات حتى بعد الفسخ، مع أنها فى مقام نفي التساوى الذى كان المشركون المرابون يكررونه فى أنديتهم، و كانوا يقولون: لا- فرق بين البيع و الربا، و إن البيع مثل الربا، فنزلت الآية ردا على قولهم بنفى المساواة، و أنه سبحانه أحل البيع و حرّم الربا من غير تعرض لسائر الحالات من حلية البيع بعد فسخ الفاسخ، فإن هذا فرع كون المتكلم فى مقام البيان من هذه الناحية.

قال ابن عباس: كان الرجل منهم إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه له: زدنى فى الأجل و أزيدك فى المال، فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم: هذا ربا، قالوا: هما سواء، يعنون بذلك أن الزيادة فى الثمن حال البيع، و الزيادة فيه بسبب الأجل عند محلّ الدين سواء، فذمهم الله به و ألحق الوعيد بهم و خطأهم فى ذلك بقوله: «و أحلّ البيع و حرّم الربا» أحلّ الله البيع الذى لا ربا فيه و حرّم البيع الذى فيه الربا ... «٣».

(١)- لا يخفى أن ظاهر الآية، هو حلية نفس البيع لا التصرفات من غير فرق بين قبل الفسخ و بعده.

(٢)- المتاجر، قسم الخيارات، ص ٢١٥.

(٣)- مجمع البيان: ٣٨٩ / ١ و بين فى ذيل التفسير الفروق بين البيع و الدين و الزيادة فيهما.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١

و بعبارة أخرى: أن الحلية إمّا تكليفية أو وضعية، فعلى الأوّل يكون مفادها أن البيع حلال لا حرام مثل قولنا: الغنم حلال و الكلب حرام، و من المعلوم أنه لا يمكن الاحتجاج بحلية الغنم على كونه حلالا و لو كان مغضوبا أو موطوءا أو جلالا.

و على الثانى يكون مفاده أن البيع أمضاه الشارع و أحله محلّه دون الربا و أمّا أنه أحله فى كلّ ظرف و موقف و أمضاه فى جميع

الشرائط، فالآية ساكتة عنه.

٣- آية التجارة عن تراض:

قال سبحانه: ﴿لَا أُيْهَى الَّذِينَ آمَنُوا وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (النساء / ٢٩).

والاستدلال تارة بالمستثنى منه و أخرى بالمستثنى، أما الأول فيقال: إن أخذ مال الغير و تملكه من دون اذن صاحبه باطل عرفا، فتعمه الآية.

يلاحظ عليه: بالشك فى وجود الموضوع، إذ لو كان العقد جائزا فى الواقع يكون تملكه حينئذ أكلا بالحق كما هو الحال فى العقود الجائزة بالذات أو بالعرض، و حيث إن الحال غير معلوم يكون المورد من قبيل الشبهة المصداقية للآية.

و أمّا الثانى فبأن يقال: إنه بإطلاقه يدل على حلية أكل المال إذا كان سبب حصول ذلك المال، تجارة عن تراض، فيكون مفاده هو حلية التصرف للمشتري مطلقا قبل الفسخ و بعده.

و يعلم ضعفه مما ذكرنا من أنه ليس إلا بصدد كون التجارة سببا لحلية

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢

التصرف، و لا نظر له إلى الخصوصيات حتى يعم بعد الفسخ.

ثم إن للآية تفسيرا آخر أوعزنا إليه عند البحث عن المكاسب المحرمة و حاصله: أن الآية ليست بصدد بيان حلية المسببات كالبيع و غيره، و إنما هى بصدد بيان الأسباب و أنه يجب على الناس التمسك بالأسباب الحقة دون الباطلة، فالتجارة عن تراض سبب حق، و

أما أكل المال عن طريق بيع المنابذة و الربا فهو ممنوع، فعندئذ تكون الآية أجنبية عن الاستدلال على اللزوم.

هذه جملة الآيات التى استدلل بها الشيخ على كون الأصل فى البيع، اللزوم.

الاستدلال بالروايات:

إشارة

ثم إنه استدلل بروايات و هى بين مرسله و مسنده:

١- الاستدلال بالمراسيل:

قوله صلى الله عليه و آله و سلم: لا- يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: الناس مسلطون على أموالهم، فالنويان مرسلان غير مسندين، و قد تمسك بهما الفقهاء فى جميع الأعصار من غير توقف.

و أمّا كيفية الاستدلال بهما على كون الأصل فى البيع اللزوم، فهو ما ذكره الشيخ من أن مقتضى السلطنة التى أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه.

يلاحظ على الاستدلال: بأن المقام من قبيل الشبهة المصداقية للدليل الاجتهادى فإننا نشك فى المثل هل هو ملك للمشتري بعد

الفسخ أو لا؟

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٣

و بعبارة أخرى: شكك في كونه مالا له حتى يصح له التصرف و لا يحل للغير التصرف فيه إلا بطيب نفسه أو لا؟ إذ من المحتمل أن الفسخ مؤثر في اخراجه عن ملكه و ماله.

فهذا الاشكال السئال متوجه على جميع ما استدلل به الشيخ من الآيات و الروايات، و إن كان الاستدلال بالآيات غير خال عن اشكالات أخرى.

٢- الاستدلال بالمسائيد:

استدل بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» فقد رواه الكليني بسند صحيح عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله، فلا يجوز له، و لا يجوز على الذي اشترط عليه. و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل» (١).

وجه الاستدلال بالحديث يتوقف على بيان مقدمه و هي أن صاحب القاموس فسر الشرط بأنه: الزام الشيء و التزامه في البيع و غيره، لكن صاحب الحدائق و غيره كالسيد الطباطبائي في تعليقه على مبحث الشروط استظهر أنه أعم من الشرط التبعي و الابتدائي، فالبيع بنفسه شرط و عهد و هكذا النكاح، و تدل على عمومية الشرط روايات متفرقة في الأبواب نذكر بعضها:

١- رواية الحلبي عن أبي عبد الله قال: في الحيوان كله، شرط ثلاثة أيام للمشتري و هو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط (٢).

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٣، من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٤

و المراد من الشرط هو الحكم الشرعي المستقل النافذ على المتبايعين، لا الشرط الضمني التبعي بقريته قوله: «شرط أو لم يشترط».

٢- ما رواه أصحاب الصحاح و المسانيد في حق بريرة لما اشترتها عائشة و شرط موالها عليها و لاءها، فوقف عليه النبي و قال: «ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، و إن اشترط مائة شرط، قضاء الله أحق و شرطه أوثق، و الولاء لمن اعتق» (١).

و المراد من شرطه سبحانه هو حكم الله المطلق «الولاء لمن اعتق».

و بهذه الروايات و نظائرها (٢) ذهب الشيخ إلى أن الحديث يعم كلا الالتزامين: التبعي و الابتدائي، فعند ذلك يصح الاستدلال به على لزوم البيع، فإن العقد على هذا شرط، فيجب الوفاء به حسب قوله: «المؤمنون عند شروطهم» من غير فرق بين قبل الفسخ و بعده.

يلاحظ عليه بنفس ما ذكرناه في الأدلة المتقدمة، فإن وجوب الوفاء فرع

(١)- صحيح البخاري الجزء الأول، كتاب الصلاة، الباب ٧٠ ص ٩٤ و الجزء الثالث كتاب البيوع، الباب ٦٧، ص ٧١، و كتاب الشروط،

الباب ٣ ص ١٨٩، و مسند أحمد ٦: ٨٦ مع اختلاف مع ما في المتن.

الوسائل: الجزء ١٤، الباب ٥٢، من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ٢ و ١٤.

روى البخاري في تفسير قوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَاْمْتَحِنُوهُنَّ - إلى قوله: - عَفْوَرٌ رَحِيمٌ قال

عروة: قالت عائشة: فمن أقر بهذا الشرط منهن قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: قد بايعتكم. كلاما يكلمها به و الله ما مسّت يده يد امرأة قط فى المبايعه.

صحيح البخارى: الجزء الثالث، كتاب الشروط الباب ١ ص ١٨٩.

(٢)- لاحظ بحث الشروط من الخيارات، ص ٢٧٧، طبعه تبريز، و لا يبعد أن الاستعمال فى روايه بريره و أمثالها فى الشرط الابتدائى فى باب المشاكلة، فلا تصلح للاستدلال.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥

وجود الشرط، و هو قبل الفسخ محقق و بعده مشكوك.

٣- ما رواه الكلينى بسند صحيح عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» و فى حديث آخر: «إذا افترقا وجب البيع» (١).

وجه الاستدلال أنه لا خيار لهما إذا افترقا بعد الرضا (بالبيع حين الانشاء) فيعم حتى بعد الفسخ.

يلاحظ عليه: أن الروايه بصدد بيان الوجوب النسبى لا المطلق، و حاصله أنه لا خيار لهما من هذا الجانب أى المجلس، و أما أنه لا خيار لهما أبدا فليست بصدد بيانه، بشهادة وجود الخيار بعد الافتراق لأجل الشرط و الغبن و التدليس و غيره.

إلى هنا تم الاستدلال بالآيات و الروايات و قد عرفت عدم دلالة واحد منهما على المقصود.

الاستدلال بالأصل على اللزوم:

بقى الكلام فى الاستدلال بالأصل و لم يقرره الشيخ، بل ذكره مجملا و يمكن تقريره هكذا:

١- أصالة بقاء العقد بعد الفسخ.

٢- أصالة بقاء البيع بعده.

٣- أصالة بقاء الشرط بعده.

(١)- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣ و ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٦

و الأصل يجرى على نحو مفاد كان الناقصة لا التامة. فالأصل الموضوعى يحرز موضوع الأدلة الاجتهادية، فيثبت أن هنا عقدا و يباع و شرطا حتى بعد الفسخ فيجب الوفاء به، كما يحل للمشتري التصرف فيما أخذه من البائع، و يجب على المتعاملين الوفاء بهذا الشرط.

و على كل تقدير فهو من قبيل القسم الثانى من أقسام استصحاب الكلّى كما إذا شككنا فى أن الحيوان الموجود فى الدار حصان أو بقرة، فعلى الأول قطعى الارتفاع، و على الثانى قطعى البقاء فيستصحب الجامع بينهما، و نظيره المقام حيث إن الانسان يشك فى أن

العقد الموجود هل هو عقد لازم لا يرتفع بفسخ الفاسخ قطعا، أو عقد جائز مرتفع معه قطعا فيستصحب بقاء العقد، فينقح الأصل، موضوع الدليل الاجتهادى فتتم الحجّة بثبوت الصغرى بالاستصحاب، و الكبرى بالدليل الاجتهادى.

فإن قلت: إن أقصى ما يثبت الاستصحاب وجود العقد و البيع، و لا يكفى ثبوتهما فى اثبات لزوم العقد بعد انقسامهما إلى جائز و لازم، فيكون التمسك بالكبرى مع انقسام العقد إلى قسمين، أشبه بالتمسك بالعام فى الشبهة المصدقية للمخصّص.

و بعبارة أخرى: الوفاء بالعقد و إن كان واجبا لكنّه خرجت منه العقود الجائزة، فاستصحب بقاء العقد لا يثبت سوى عنوان العام و هو العقد و هو لا- يكفى إلما مع احراز عدم انطباق عنوان المخصّص أيضا و هو كونه عقدا جائزا، و المفروض عدم احرازه، فيكون

التمسك بالعام غير تام. و كون بقاء العقد ملازما للزوم لأنه لو بقى حتى بعد الفسخ، يكون لازما، غير مفيد لكونه أصلا مثبتا.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٧

قلت: الاشكال مبنى على أنه سبحانه قال: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ثم ورد عليه التخصيص بقوله إلا العقود الجائزة، فنشك في دخول البيع تحت عنوان المخصّص أى العقود الجائزة أو لا، و لكن الواقع ليس كذلك، و العقود الجائزة عنوان انتزاعى من المخصّصات الواردة على العام، كعقد الهبة و العارية، و عندئذ يكون الشك في خروج البيع عن تحت العام، شكّا في أصل التخصيص، أى فى التخصيص الزائد، و الأصل عدمه، لا شكّا فى الشبهة المصدقية له.

توضيح ذلك: أنّ الشك فى المقام على قسمين:

تارة نشك فى العقد الخارجى المشخص المعين أنه هل هو بيع أو هبة، فلو كان يباع لا يفسخ بفسخ البائع (بناء على لزومه) و إن كان هبة يفسخ بفسخه، ففى مثله لا يصح استصحاب بقاء العقد و لا يكون منقّحا لحال الشبهة المصدقية الخارجية، لأنّ العقد بما هو عقد لا- يجب الوفاء به إلا بعد احراز عدم انطباق عنوان المخصّص أعنى: كونه هبة، و بما أنّه غير محرز يكون التمسك بالعام فى مثله، كالتمسك بوجوب اكرام العالم عند الشك فى كونه عالما عادلا أو فاسقا مع تسليم خروج الفاسق، فإنّ احراز العالم غير كاف فى وجوب الاكرام إلا بعد احراز عدم عنوان الخاص، و فى المثال المزبور إلا بعد احراز عدم انطباق عنوان الهبة.

و أخرى يكون الشك فى خروج العنوان الكلى عن تحت العام مثلا نعلم أنه خرج من تحت وجوب الوفاء بالعقد، العارية و الهبة و نشك فى أنه خرج البيع عن تحته أو لا، فإذا ثبت كون عقد البيع موجودا للاستصحاب، حتى بعد فسخ الفاسخ يصح التمسك بالعام إذ لولاه يلزم تخصيص زائد على العام. و المفروض أنّ الشبهة حكمية كلية و أنّ البيع بما هو هو لازم.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨

فإن قلت: إنّ ما يجب الوفاء به إنّما هو العقد الواقعى، لا العقد التبعدى و لا يثبت بالاستصحاب إلا العقد التبعدى.

قلت: إنّ الاستصحاب يثبت بقاء العقد الواقعى فى ظرف الشك، فالثابت به هو بقاء العقد الواقعى لا العقد التبعدى، نعم بفضل التبعّد يثبت بقاؤه فى ظرف الشك، و التبعّد بالبقاء سبب لاثبات وجود المستصحب لا هو قيد للمستصحب، فالذى يستصحب هو نفس العقد لا العقد التبعدى.

هذا كلّه حول هذه الأصول الثلاثة.

نعم هناك أصول أخرى متوافقة المضمون مع ما سبق نشير إليها:

١- استصحاب بقاء ملك المشتري، و هو و إن كان صحيحا لكنّه مسبّب عن بقاء العقد، فباجراء الأصل السببى يستغنى عن الأصل السببى و إن كانا متوافقى المضمون.

أضف إلى ذلك: أنّه لا يثبت به إلا جواز تصرف المالك لا لزوم العقد، اللهم إلا أن يقال بحجّية الأصل الميثب لأنّ جواز التصرف و حليته بعد الفسخ يلازم عقلا كونه لازما، إذ لو كان جائزا لما صحّ التصرف.

٢- استصحاب عدم تأثير الفسخ، و لكنّه ليس له أثر شرعى لأنّه ليس موضوعا لدليل اجتهادى كما هو الحال فى كل أصل موضوعى جار فى الموضوعات اللهم إلا أن يقال بقاعدة المقتضى و المانع، حيث إنّ المقتضى و هو العقد و البيع، موجود، و الشك فى تأثير فسخ الموجود، فالأصل عدم تأثيره، و لكن هذه القاعدة غير تامّة لعدم الدليل على حجّيتها.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩

٣- استصحاب عدم ارتفاع أثر العقد، و لكنّه بالنسبة إلى اثبات بقاء الملك مثبت لأنّ عدم ارتفاع أثر العقد يلازم بقاء الملك.

الأصل المعارض:

ثمّ إنّ هناك أصلا معارضا أشار إليه الشيخ و قال: إنّ مقتضى الاستصحاب عدم انقطاع علاقة المالك عن العين، و المراد المالك

الأول هو البائع، و لو صحّ هذا الاستصحاب يكون حاكما على الأصول الثلاثة الأخيرة، إذ لو ثبت بقاء علاقة المالك الأول، لارتفع الشك فى بقاء المال فى ملك المشتري، فلا يصحّ استصحاب بقاء ملكه مع صحّة استصحاب بقاء علاقة المالك الأول. يلاحظ عليه: أنّ علاقة المالك الأول إن كانت نابعة من مالكيته للمبيع فقد انتفت باخراج المال عن ملكه قطعا، و إن كانت نابعة من غير هذا الوجه كاحتمال سلطة اعادة العين إلى ملكه فهو مشكوك الحدوث، و لا معنى لاستصحابه. فتلخص أنّ الدليل الصالح لاثبات كون الأصل فى البيع، اللزوم هو قضاء طبع العقد عليه مع ما عرفت من الاستصحاب. و المهم هو الأول.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١

فى أقسام الخيارات

ذكر المحقق للخيار خمسة أقسام:

- ١- خيار المجلس.
- ٢- خيار الحيوان.
- ٣- خيار الشرط.
- ٤- خيار الغبن.
- ٥- خيار التأخير.

و زاد فى النافع و قواعد العلامة، و ارشاده، و تذكرته: خيار الرؤية، و خيار العيب، فصارت سبعة.

و ذكر فى اللمعة أربعة عشر، و جعل منها: خيار الشركة، و خيار تبعض الصفقة مع دخولهما تحت خيار العيب، كما لا يخفى، و ربّما أنها بعضهم إلى عشرين، و لكن يمكن ادغام كثير منها تحت السبعة.

و على كل حال فنحن نقتفى أثر شيخنا الأنصارى فندرس السبعة و يعلم حكم ما لم نذكر منها ممّا ذكرناه إن شاء الله، فنقول:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣

الفصل الثانى خيار المجلس

إشارة

دليله.

ثبوته للموكيل.

ثبوته للموكل أيضا.

هل خيار المجلس للموكيل و الموكل واحد؟

تفويض الأمر إلى الوكيل.

عدم ثبوت الخيار للفضولى.

خيار المجلس لو كان العاقد واحدا.

فى مستثنيات خيار المجلس.

خيار المجلس و سائر العقود.

خيار المجلس و بيع الصرف و السلم.
 فى مسقطات خيار المجلس الأربعة:
 أ- اشتراط سقوطه فى نفس العقد.
 ب- اسقاطه بعد العقد.
 ج- التفريق عن رضا.
 د- التصرف قبل التفريق.
 المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٥
 خيار المجلس

[تعريف خيار المجلس]

و اضافته إليه إمّا من باب اضافة الحال إلى المحلّ، و المراد من المجلس:

مطلق مكان العقد، و إن كانا قائمين فيه أو من باب اضافة المسبّب إلى السبب لكون المجلس سببا للخيار كخيار الغبن و العيب لكونهما سببا له.

و هذا الخيار من ضروريات فقه الإمامية، و أمّا غيرهم فقد اختلفوا فيه، قال الشيخ فى الخلاف: البيع ينعقد بوجود الايجاب من البائع و القبول من المشتري، لكنّه لا يلزم المتبايعين بنفس العقد بل يثبت لكلّ واحد منهما خيار الفسخ ما دام فى المجلس إلى أن يتفرقا أو يتراضيا بالتبايع فى المجلس.

و روى هذا عن الصحابة عن على - عليه السلام - و عبد الله بن عمر و عبد الله بن عباس و أبى هريرة و أبى برزة الأسلمى، و به قال الحسن البصرى و سعيد بن المسيب، و الزهرى و عطاء، و من الفقهاء: الأوزاعى و أحمد و إسحاق و الشافعى.

و ذهبت طائفة إلى أن البيع يلزم بمجرد العقد، و لا- يثبت فيه خيار المجلس بحال، ذهب إليه من التابعين شريح و النخعى، و من الفقهاء مالك و أبو حنيفة و أصحابه، ثم استدلّ الشيخ على مذهبه بما روى نافع عن ابن عمر أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦

قال: المتبايعان كلّ واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلّا بيع الخيار «١».

[أدلة خيار المجلس]

و قد تصافرت الروايات على ذلك من طرفنا، فرواه محمد بن مسلم و زرارة و فضيل بن يسار و الحلبي عن الصادق - عليه السلام - كما رواه على بن اسباط عن الرضا - عليه السلام - و كلّها غير الأخيرة صحيحة السند واضحة الدلالة. نذكر بعضها:

١- محمد بن مسلم عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: قال رسول الله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام».

٢- و روى أيضا عن أبى جعفر - عليه السلام - قال: سمعته يقول: «بايعت رجلا فلما بايعته قمت فمشيت خطا ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا».

٣- و روى زرارة عن أبى عبد الله - عليه السلام - سمعته يقول: «البيعان بالخيار حتى يفترقا و صاحب الحيوان ثلاث (يريد ثلاثة أيام)» «٢».

ثمّ إنّه روى غياث بن إبراهيم (الذى هو زيدى بترى) عن على - عليه السلام - أنه قال: «إذا صفّق الرجل على البيع، فقد وجب و إن لم

يفترقا» (٣).

و الظاهر أن المراد من التصفيق هو اسقاط خيار المجلس، و لعله كان علامة لصيرورة العقد لازما و اسقاط الخيار من الطرفين، و على كل تقدير فلا يعتمد على الرواية الشاذة في مقابل المتضافر منها، و لقد وقعت الحنفية لأجل نفى خيار

(١)- الخلاف ج ٣، كتاب البيع، المسألة ٦. و التذكرة ١ / ٤٩٠ و فيها: قال أبو حنيفة و مالك: يلزم النكاح بالايجاب و القبول و لا يثبت خيار المجلس ...

(٢)- لاحظ: الوسائل ١٢: الباب ١ من أبواب الخيار: عامة الروايات، و ما نقله في الباب الثالث عن محمد بن مسلم برقم ٣، متحد مع ما نقله في الباب الأول عنه.

(٣)- المصدر نفسه: الرواية ٧.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٧

المجلس في حيص و بيص تبعا لإمام مذهبهم، حيث واجهوا بالروايات المتضافرة الدالة على خيار المجلس، فحاولوا أن يجمعوا بين النص و الفتيا فوقوا فيما وقعوا فلاحظ كتبهم.

ثبوت خيار المجلس للوكيل:

إشارة

هل يختص خيار المجلس بالعاقدين المالكين أو يعم الوكيلين أيضا؟ فيه أقوال:

الأول: ما ذهب إليه صاحب الحدائق بثبوته للأصيل و الوكيل

حيث قال:

و اطلاق الأخبار المذكورة شامل لما قدمنا ذكره من كون المتبايعين مالكين أو وكيلين أو بالتفريق، لصدق البيعان على الجميع، و هما من وقع منهما الايجاب و القبول «١».

الثاني: خيرة صاحب المقاصد من اختصاصه بالعاقدين المالكين،

قال: إن الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين، لأنه الغالب و أما إذا كان العاقد و كيلا لهما فيستفاد حكمه من أمر خارج «٢» و يستدل على هذا القول بوجهين:

الأول: إنه لا يصدق «البيع» على الوكيل حقيقة و اطلاقه عليه مجاز، لأن مبادئ اسم المصدر غير قائم به، و أنه بمنزلة الآله، و كأنه لسان الموكل.

يلاحظ عليه: أنه كيف لا يصدق البيع على الوكيل مع صحه صدقه على الفضولي و المكروه و ليس الوكيل بأدون منهما، و أما المبادئ فالتصوير و التصديق

(١)- الحدائق: ج ١٩، ص ٧.

(٢)- جامع المقاصد: ٢٨٦ / ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨

و العزم قائمه به، لفرض كون بيعه فعلا اختياريا له.

الثانى: أن دليل لزوم العقد أعنى: قوله سبحانه: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ متوجه إلى المالكين أو إلى من له الأمر، كالأولياء و الوكيل المطلق، و الوكيل فى خصوص اجراء الصيغه لا يجب عليه الوفاء بأى نحو فسّر، سواء أ كان مفاده حكما تكليفيا أى وجوب ابقاء العقد و ترتيب أثره، أو حكما وضعيا و هو لزوم العقد، و حيث إن أدلته الخيار مقيده لدليل وجوب الوفاء، فلا بد أن يختص الخيار بمن يجب عليه الوفاء، و لا يعم الأجنبى.

و أجاب عنه سيدنا الأستاذ- قدس سره-: بأنّ للآية الكريمة مدلولين:

أحدهما: مطابقى، و الآخر: استلزامى، و دليل الخيار بمنزلة الاستثناء من الحكم الوضعى، أى اللزوم المستفاد استلزاما من قوله تعالى لا من الحكم التكليفى المطابقى فكأنه قال: كل عقد من عقودكم لازم و استثنى منه العقد الخيارى، سواء أ كان الخيار للمالك أو لغيره، و يشهد له قوله- عليه السلام-: «فاذا افترقا وجب البيع» فإنه ظاهر كالصريح فى أن الاستثناء من الحكم الوضعى، فكأنه قال: لا يجب البيع قبل الافتراق «(١)».

يلاحظ عليه: أنه ليس للآية إلما مدلول مطابقى و هو الالتزام التكليفى و أمّا اللزوم الوضعى فهو منتزع من وجوب الوفاء بالعقد و المفروض أن الحكم التكليفى مختص بالمالك لا الأعم منه و من الوكيل، و لا- معنى لكون المنتزع أعم من منشأ الانتزاع، و ليس المنتزع كلازم المعنى الذى يمكن أن يكون أعم من الملزوم، و لعلّ تعبيره بالمعنى اللازم لأجل دفع ما ذكرناه.

(١)- المتاجر، قسم الخيارات ج ٤، ص ٤٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩

و الأولى أن يقال: إن وجوب الوفاء لا يختص بالعاقدين المالكين، فإن العامل فى المضاربة و كيل يجب عليه الوفاء بما عقد، فليس له الامتناع من دفع المثلثم أو غير ذلك، و سيوافيك أن الموضوع أوسع من مثل العامل فى المضاربة.

الثالث: ما اختاره الشيخ من اختصاصه بالوكيل الذى له حق التصرف فى البيع،

قال: «إن مفاد أدلته الخيار اثبات حقّ و سلطنه لكلّ من المتعاقدين على ما انتقل إلى الآخر، بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل إليه، فلا يثبت بها هذا التسلّط لو لم يكن مفروغا عنه فى الخارج ألا ترى أنّه لو شك المشتري فى كون المبيع ممّن ينعق عليه لقرابه، أو يجب صرفه لنفقة أو اعتاقه لنذر فلا يمكن الحكم بعدم وجوبه بأدلة الخيار بزعم اثباتها للخيار المستلزم لجواز رده على البائع و عدم وجوب عتقه.

فعلى ما ذكره: إذا لم يكن مستقلا فى التصرف فى مال الموكل بل كان وكيلا فى التصرف على وجه المعاوضة، فليس للوكيل الخيار لعدم تمكنه من ردّ ما انتقل إليه كما صرح به الشيخ فى ذيل كلامه، و أولى منه بعدم ثبوت الخيار إذا كان وكيلا لاجراء الصيغه فقط».

يلاحظ عليه: بأنّه إن أراد التسلّط المطلق فهو ليس بموجود حتى فى عامل القراض، إذ ليس له العتق و لا الاتلاف، و لا الوقف، و إن أراد التصرف على النقل بعقد جديد حتى يجوز له الفسخ مثل العقد الجديد، فما الدليل عليه.

و إن أراد التسلّط على الفسخ فقط فهذا مثل السابق، بل هو يستفاد من دليل الخيار، لا أنّه يحرز قبل الخيار.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠

و الحاصل: أن اطلاق الدليل محكم على هذه الاحتمالات، و التقييد و التخصيص مشكوك من رأس. و بهذا يظهر الجواب عن الأمثلة

التي لا يجوز التمسك فيها بالخيار عند احتمال كون المبيع ممن يعتق عليه أو مما يجب صرفه فى النفقة، أو اعتاقه لنذر و ذلك لأن وجود المخصيص و المقيّد قطعى فى تلك الأمثلة فيكون المورد شبهة مصداقية لهما، فلا يجوز التمسك بالعام و لا المطلق، و هذا بخلاف المقام، فإن أصل التخصيص و التقييد مشكوك.

الرابع: نظرية السيد الطباطبائي و المحقق الخراساني

فاكتفيا بكفاية السلطنة على نفس العقد ايجادا و اعداما، قائلين بأنه لو كان وكيلا فى أصل المعاملة بأن جعل أمرها إليه من غير أن يكون وكيلا- فى التصرف فى العين كفى فى ثبوت الخيار، فالمدار السلطنة على المعاملة مطلقا، و إن لم يكن مسلطا على سائر التصرفات فى العين، ثم قال السيد: و بالجملة كل مورد تجوز له الإقالة يثبت له الخيار، و كل مورد لم يثبت له الإقالة لا تنصرف إليه الأدلة، و ليس له الخيار، و الوكيل فى مجرّد اجراء الصيغة ليست له الإقالة، فليس له الفسخ.

و لعلّ هذا القول هو أوجه الأقوال و أسدها فيؤخذ بإطلاق الرواية إلّا فى مورد الوكالة فى اجراء الصيغة، و يؤيد ذلك أنّ الحكمة فى جعل هذا الخيار هو فسح المجال للطرفين حتى ينظرا فيما يبيعان أو يشتريان و هو و إن كانت حكمة لا علّة، و لكنّها تصلح لأن تصير سببا للانصراف عن الوكيل فى اجراء الصيغة و يبقى الباقي تحته.

ثمّ إنّ الكلام فى المقام فى اثبات الخيار بأدلة خيار المجلس، و أنّ هذا الحق الشرعى هل هو ثابت للمالك أو يعمّ وكيله، و أمّا البحث عن سعة دلالة عقد الوكالة على الفسخ و عدمه فهو خارج عن موضوع البحث، فسواء كان نطاق

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤١

دلالته و سيعا شاملا للفسخ أو ضيقا قاصرا عنه فلا يؤثّر فى ثبوت حقّ الخيار للوكيل و عدمه، لأنّ حقّ الفسخ لو كان ثابتا فى المقام للوكيل، فإنّما هو حقّ شرعى ثبت من جانب الشرع لا من جانب المالك الموكل، فالبحث عن سعة دلالة عقد الوكالة و ضيقها خارج عن مصبّ البحث، و بذلك يظهر الخلط فيما ذكره صاحب المسالك «١» فلاحظ.

ثمّ إنّّه إذا كان الموكل غير راض بالفسخ فهل يجوز للوكيل القيام به أو لا؟

ذهب الشيخ الأعظم إلى المنع، و لعلّ وجهه هو انصراف الدليل عن هذه الصورة و ذلك لأنّ الخيار لأجل فسح المجال للتروى فى مصالح الموكل، فإذا كان هو غير راض بالفسخ، فكيف يجوز للوكيل فسخه، و مع ذلك فيمكن أن يقال:

إنّ هذا حقّ للبيع بما هو بيع، فلا وجه للمنع عن الشمول و ليس فى هذا نائبا عن الموكل و وكيلا عنه، و إنّما هو وكيل له فى البيع، و هذا الحق أعطاه الشارع إياه بما هو بيع.

فلو فرضنا وجود الاطلاق فتقع المعارضة بينه و بين عموم «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفسه» و النسبة عموم و خصوص من وجه، فيجتمعان فى هذا المورد، فعلى الاطلاق يصحّ فسخه، و على النبوى يحرم فعله، فينتزع منه الفساد، و لعلّ اطلاق الخيار أقوى من اطلاق النبوى فيقدّم عليه خصوصا على القول بأنّ النبوى بصدد بيان الحكم التكليفى لا-الوضعى، و المسألة لا تخلو من اشكال، فلاحظ.

(١)- المسالك ج ١، فى شرح قول المحقق: «و لكلّ من المتبايعين خيار الفسخ» حيث قال: فإن لم ينصّ لهما الموكل على الخيار، لم يكن لهما الفسخ فينتفى الحكم عنهما و إن وكلّهما فيه ...، و أنت ترى أنّه خروج عن البحث لأنّه فى ثبوت هذا الحقّ للوكيل من جانب الشارع و عدمه و لا صلة لتوكيل الموكل له فى الفسخ و عدمه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢

هل للموكل خيار المجلس؟

قد تعرّف على أنّ للوكيل فى غير مورد الوكالة فى اجراء الصيغ، خيار المجلس، فهل للموكل خيار أيضا فى عرض الخيار للوكيل؟
وجوه:

- ١- له الخيار مطلقا، لكون الخيار حقاً لصاحب المال شرعا ارفاقا له، و أنّ ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه، يستلزم ثبوته للمنوب عنه.
- ٢- عدمه كذلك، لتبادر المتعاقدين من النص، فللمباشرة مدخلية فى ثبوت الخيار.
- ٣- له الخيار فيما إذا لم يكن للوكيل خيار و ذلك لأن خيار المجلس كاللازم لماهيته البيع، فإذا كان الوكيل غير ذى خيار، فلا محالة يكون للموكل خيار.

ثم إنّ سيدنا الأستاذ- قدس سره- اختار القول الثانى، و قال فى كلام مفضل ما هذا حاصله: إنّ «البيع» قد وضع لمن صدر منه البيع و ليس هو إلما الوكيل، و تصوّر أنّه موضوع لمن صدر عنه البيع و من كان سببا لصدوره أعنى الموكل غير تام، لأنّه موضوع للجامع البسيط، و ليس هنا جامع بسيط بين المباشر و السبب، و الجامع المركب و إن كان موجودا لكنّه ليس موضوعا للمشتق كما حقّقناه فى محلّه.

و الحاصل: أنّ المفهوم البسيط مختص بالمباشر، و الجامع المركب و إن كان يعمّ الوكيل و الموكل و المباشر و من هو سبب، لكنّه ليس موضوعا له، و استعماله مجازا فى المباشر و السبب خلاف الظاهر، فعلى ذلك فهو يختصّ بمن قام بالبيع المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣
و هو الوكيل «١».

يلاحظ عليه: أنّه لو أريد من البيع العاقد لا-ختصّ بالمباشر قطعاً، لأنّ من صدر منه العقد هو الوكيل، و أمّا إذا أريد منه من قام به المعنى الاعتبارى، فلا- اشكال فى أنّ البيع صدر من الوكيل و الموكل معاً، و لأجل صدوره منهما يتوقّف على وجود شروط فى الموكل من كونه عاقلاً بالغاً مريداً غير مكره، مالكا للمبيع غير محجور، و موكلاً إياه، و على شروط فى الوكيل، و عندئذ يرى العرف كليهما مصدرين لتحقق تلك الماهية، و لا يعد ذلك من قبيل السبب و المباشر كالأمر بالقتل، إذ لا شكّ هنا أنّ القتل قائم بالمباشر لا بالسبب، بل يعد ذلك من قبيل نسبة أفعالنا إلى الأعضاء و الجوارح، و فى الوقت نفسه ينسب إلى أنفسنا فالعين ترى كما أنّ النفس ترى كذلك، و كلتا النسبتين حقيقتان، و نظير ذلك نسبة أفعالنا إلينا و فى الوقت نفسه إلى المبادئ العالیه، فالفعل كما هو منتسب إلينا انتساباً صدورياً فكذلك منتسب إلى المبادئ العالیه حقيقة لا بالتسبب، و من المعروف قول المحقق السبزواري:
«و الفعل فعل الله و هو فعلنا».

و من رأى أنّ مسألة أفعال العباد بالنسبة إلى الله سبحانه مسألة التسبب، فقد غفل عن حقيقة التوحيد الافرالى و مع ذلك لا ينسب إليه نقائص الأفعال و ضرورها و عناوينها المادية كالأكل و الشرب و نظير المقام أيضاً، الأفعال التي تقوم بها جنود الرب من الملائكة كالتوفى و غيره، فالتوفى صادر من الله سبحانه و فى الوقت نفسه صادر عن الملائكة. قال سبحانه: **اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا**

(١)- كتاب البيع، قسم الخيارات، ج ٤، ص ٥٨-٦٠ بتلخيص منّا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤

(الزمر/ ٤٦) و كذلك يقول: **الَّذِينَ تَتَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ طَيِّبِينَ يَقُولُونَ سَلَامٌ عَلَيْكُمْ** (النحل/ ٣٢).

و على الجملة بما أنّ بعض مبادئ البيع قائم بالموكل و البعض الآخر بالوكيل، يرى العرف كليهما مصدرين له، و المتبع هو المفهوم العرفى لا- الدقة العقلية، فالبيع بمعناه البسيط (من صدر منه البيع الاعتبارى) منطبق على الوكيل و الموكل معاً فى نظر العرف، و هذا كاف.

و لعل الأقوى هو القول الأول و هو ثبوت الخيار لهما مطلقا.

هل الخيار فى الوكيل و الموكل واحد أو متعدّد؟

ثمّ إذا قلنا بأنّ لكل واحد من الوكيل و الموكل حقًا مجعولا من جانب الشارع يقع الكلام فى أنه:

هل الخيار فى موردهما خيار واحد فكل من سبق منهما إلى إعماله نفذ و سقط خيار الآخر، فلو أنفذ الوكيل أو الموكل فقد نفذ البيع و لا يبقى للآخر مجال للاعمال، و ذلك لأنّ هنا حقًا واحدا فقد سبق أحدهما إلى حيازته فلم يبق موضوع للآخر.

كما أنّه سبق إلى إعماله بالفسخ فلا يبقى للآخر موضوع، فليس المقام على هذه الصورة من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز، كما إذا كان لكل من البائع و المشتري خيار، فلو فسخ أحدهما لم يبق للآخر مجال الاجازة و ذلك لأنّه فيما إذا كان الحق متعدّدا، فيكون الفسخ من أحد الجانبين مقدّما على إجازة الآخر.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥

و أما المقام فالفسخ و إن كان مقدّما لكن تقدّمه على المجيز لأجل عدم الموضوع للاجازة بعد كون الحق واحدا سبق إليه الفاسخ، فلم يبق بعد الفسخ موضوع حتى يسبق إليه المجيز، فالتقدّم أشبه بالسالبه بانتفاء الموضوع. هذا ما يظهر من الشيخ بتوضيح منّا.

و لكن يمكن أن يقال بتعدّد الحق، و ذلك لأنّ الحكم متعلّق بعنوان البيع و هو منطبق على كل من الوكيل و الموكل، و للوكيل خيار لكونه مصداق «البيع» و للموكل خيار لكونه مصداقه، فالخيار و إن كان حكما واحدا لكنّه يتكسّر بتعدّد موضوعه.

فعند ذلك يختلف حكم صورتين. أمّا إذا قام أحدهما بالتنفيذ فعلى مبنى الشيخ يسقط خيار الآخر لعدم الموضوع له، و على هذا المسلك لا يتعدّى تنفيذه عن إسقاط خياره، فيبقى للبيع الآخر خياره بما هو بيع.

و أمّا إذا قام أحدهما بالفسخ فيكون من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز، فيكون للتقدّم موضوع كما إذا كان لكل من البائع و المشتري خيار.

و على هذا الأساس يظهر حكم التفرّق عن المجلس فيما إذا كان للوكيل و الموكل خيار، فعلى القول الأول يكفى مطلق التفرّق لفرض أنّ هنا خيارا واحدا مغنيا بالتفرّق و هو حاصل بتفرّق واحد من الأصيل أو الوكيل.

و على القول الثانى أعنى: القول بتعدّده حسب تعدّد البيع فتفرّق أحدهما لا- يتجاوز عن إسقاط خياره فيبقى للآخر حكمه، و إنّما يسقط خيار الآخر

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٦

بالتفرّق الكامل أى تفرّق كلّ من الأصيل و الوكيل.

و العجب أنّ الشيخ الأعظم مع أنّه اختار المذهب الأول أى وحدة الخيار مع كثرة من قام به، قوى كون الملاك فى التفرّق هو تفرّق الكل، مع أنّ لازم مبناه هو الاكتفاء بصرف التفرّق.

و لأجل ذلك أورد عليه السيد الطباطبائى بأنّ الظاهر أنّ الحكم متعلّق على صدق التفرّق و المفروض صدقه.

تفويض الأمر إلى الوكيل:

فلو كان الموكل ذا خيار دون الوكيل كما إذا كان وكيلا فى اجراء الصيغة فقط، فهل للموكل تفويض الأمر إلى الوكيل؟ قال الشيخ:

الأقوى عدمه لأنّ المتيقّن من الدليل ثبوت الخيار للعاقده فى صورة القول به عند العقد، لا لحقوقه له بعده. نعم يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرف فسخا أو التزاما «١».

يلاحظ عليه: بأن الخيار القابل للتفويض حدث حين العقد و إنما يفوض إليه بعد العقد، فما هو الشرط و هو أصل الخيار موجود حينه، نعم كون الوكيل ذا حق خيارى فإنما هو بعده، و لا يظهر من الدليل لزوم وجود التفويض حين العقد، بشهادة أن الخيار حق قابل للنقل و الاسقاط كما سيوافيك، فكيف يصح لنا المنع منه؟

(١)- الشيخ الأنصارى: المتاجر: قسم الخيارات ص ٢١٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٧

عدم ثبوت الخيار للفضولى:

إن الكلام فى البيع الفضولى و تحقيقه موكول إلى محله، فالبيع الفضولى عندنا قبل الاجازة ليس عقدا و لا يباع و لا تشمله العمومات و المطلقات، بل هو شىء لغو عند العقلاء، و أشبه بتنظيم الأجنبى سندا لبيع دار الغير فلا يعد مثل ذلك مصداقا للبيع الممضى من قبل الشرع. نعم إذا لحقت الاجازة ينطبق عليه البيع و يشمله أوفوا بالعقود بمعنى أوفوا بعقودكم، فقبل الاجازة فاقد للاستناد، و إنما يتحقق الاستناد بالاجازة لكن إذا صدر ممن له صلة بالمالك بنحو من الأنحاء كالقراءة و الصداقة، لا ما إذا كان أجنبيا بحتا، لعدم كونه متعارفا.

و على ضوء ما ذكرنا فليس للفضولى خيار المجلس لا قبل الاجازة لعدم صدق «البيع» و لا «البيع» الواردين فى العمومات و المطلقات، و لا بعدها فالأنه لا يتجاوز عن الوكيل فى مجرد اجراء الصيغة، و قد علمت عدم شمول الدليل لمثله.

و أما كون المالك ذا خيار فى المقام فلا بأس به، لأنه يكون يباع بعد الاجازة، و قد علمت أن البيع وضع لمن صدر منه البيع، و هو- بعد الاجازة- من مصاديق من صدر عنه البيع، و لكن الكلام فى تعيين مجلس الخيار، فهل الميزان هو حضورهما (المالكين) فى مجلس العقد و هو يتوقف على أن لا يتفرقا من زمان اجراء الصيغة إلى زمان صدور الاجازة، أو الميزان هو مجلس الاجازة بشرط حضورهما فى مجلس الاجازة فما لم يتفرقا كان لكل من المجيز و المالك الآخر خيار المجلس؟ هذا هو الأقوى لما عرفت من أن عقد الفضولى ليس يباع و لا عقدا ممضى للشارع و إنما يصير عقدا من حين الإجازة، فكأن الاجازة تنفخ الروح فى

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨

العقد، و يعتبر أمرا قانونيا فى مجلس الاجازة فى عالم الاعتبار، فما دام المجيز و المالك الآخر غير متفرقين عن مجلس الاجازة، فالخيار باق.

هذا من غير فرق بين كون الاجازة ناقلة أو كاشفة إما على الأول فهو واضح و إما على الثانى، فلأن الكشف الحقيقى باطل بمعنى وجود الملكية فى الواقع قبل تحقق الاجازة لأن معناه الغاء الاجازة و الرضا فى تحقق الملكية، فينحصر المراد منه بأمرين:

١- الكشف الحكمى بمعنى ترتيب آثار الملكية للعين المشتري من الفضولى.

٢- القول بأن الاجازة توجد ملكية فى الماضى من زمان الاجازة كما أن العقد من المالك يوجد ملكية فى المستقبل، و بما أن الملكية من الأمور الاعتبارية فلا مانع من كون مال فى يوم واحد ملكا للمجيز و بعد الاجازة ملكا للمشتري، و ذلك لاختلاف زمن اعتبار الملكية للشخصين، فالعين و زمان مملو كيتها و إن كانا واحدين لكن زمان الاعتبار مختلف.

و على كل تقدير فيما أن الحكم بترتيب الآثار بكلا المعنيين إنما هو بنفس الاجازة فالعبرة بمجلسها لا بمجلس العقد.

ثم إنه إذا تباع غاصبان ثم تفاسخا، قال الشيخ: لم يزل العقد قابلا للحقوق الاجازة، بخلاف ما لو ردّ الموجب منهما قبل قبول الآخر، لاختلال صورة المعاقدة.

يلاحظ عليه: بأن ما ذكره مبنى على أن إيجاب الفضولى (الغاصب) كإيجاب المالك حكما فيجوز للثانى إبطال إيجابه قبل قبول

القابل، فكذا يجوز للفضولي ردّ

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٩

ايجاب به بعد تحقّقه لكن القياس غير صحيح، فكما أنّه لا حقّ للفضولي بعد تحقّق الكل فهكذا لا حقّ له بعد تحقّق الجزء، و كما أنّ الكل قابل للاجازة فهكذا الجزء قابل للحقوق القبول، و ليس ايجاب الفضولي مثل ايجاب المالك الذي له ابطال ايجاب قبل قبول المشتري، و بعبارة أخرى: إذا كان أمر الفضولي أشبه بتنظيم السند الخالي عن الامضاء فلا- بأس للاعتناء به مطلقا من غير فرق بين الجزء و الكل.

لو كان العاقد واحدا:

هذا كلّ في ما إذا كان هناك عاقدان، و ربّما يتحد العاقد و يعقد عن الطرفين ولاية و وكالة، أو أصالة من جانب نفسه، و ولاية و وكالة من جانب غيره، فالصور المتصورة أربعة، و الصحيح منها ثلاثة:

١- أن يشتري لنفسه عن غيره.

٢- أن يشتري لغيره عن نفسه.

٣- أن يشتري لغيره عن غيره.

و أمّا القسم الرابع: و هو أن يشتري لنفسه عن نفسه فهو باطل «١».

فيقع الكلام في مقامين: «الأوّل»: في ثبوت الخيار و عدمه، «الثاني»: في ما هو المسقط على فرض الثبوت.

أمّا المقام الأوّل ففيه قولان: الأوّل: ثبوت الخيار و هو الظاهر عن الشيخ في

(١)- و بذلك يظهر معنى عبارة الشيخ حيث يقول: لو كان العاقد واحدا لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة، فالمقصود أن يعقد لنفسه (عن غيره)، أو لغيره عن نفسه، أو لغيره (عن غيره).

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٠

مبسوطه و ابن البراج في مهذب و المحقّق في شرائعه، و الشهيد في دروسه. و الثاني:

عدم الخيار، و استقر به صاحب الحدائق.

أمّا القول بثبوت الخيار، فيقال: إنّ العاقد الواحد بائع و مشتريه ما لكلّ منهما كسائر أحكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين، فكما أنّ سائر أحكام المتبايعين ثابت للعاقد الواحد فهكذا خيار المجلس «١».

فإن قلت: إنّ الموضوع في لسان الدليل: «البيعان» و هو لا يصدق على الواحد.

قلت: إنّ التثنية، لجهة بيان أنّ الحكم ثابت لكلّ من البائع و المشتري و ليس خاصا بواحد منهما، و ليست ناظرة إلى وجوب التعدّد حتى يخرج العاقد الواحد، فالغاية من التثنية هو تسرية الحكم إليهما لا لإخراج العاقد الواحد، و لأجل ذلك يقول المحقّق: لو كان العاقد واحدا عن اثنين كالأب و الجد، كان الخيار ثابتا، و مثله غيره.

أمّا عدم ثبوت الخيار: فإنّ الظاهر من الغاية هو ثبوت الخيار فيما إذا أمكن التفرّق، و هو غير ممكن في المقام، و إن شئت قلت: إنّ الموضوع بالنظر إلى النصّ صورة التعدّد، و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدّد، و لو أوجب عن الأوّل بأنّ الاتيان بالتثنية لغاية التسرية لا لاعتبار التعدّد، يبقى امكان الافتراق بحاله.

فربّما يجاب عن الاستدلال بأنّ قوله ما لم يفترقا محمول على إرادة السلب بمعنى أنّ الخيار ثابت ما لم يحصل الافتراق، و هنا (إذا

كان العاقد واحدا) لم يحصل

(١)- فلو كان وليا لصغير فأكره على العقد يلحقه حكم الاكراه، و إن كان وكيلا من جانب آخر و لم يحصل التقابض فى المجلس فى الصرف و السلم يبطل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥١

افتراق لعدم ما يحصل به الافتراق، و هو التعدد.

يلاحظ عليه: أن حمل الذيل على إرادة السلب أى تقابل السلب و الايجاب، بعيد. و الظاهر كون التقابل تقابل العدم و الملكة.

و ربما يجاب عن الاستدلال أيضا بأن كلمة «حتى» كما تدخل على الممكن، تدخل على المستحيل، مثل قوله تعالى: **وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ** (الأعراف / ٤٠).

يلاحظ عليه: بأنه إذا دخلت لفظه «حتى» على المستحيل لا- تكون غاية حقيقة بل تكون صورة غاية، و المقصود هو كون الحكم مستمرا إلى الأبد، لا أنه مستمر إلى تلك الغاية. و هذا بخلاف المقام، فإن الافتراق غاية للحكم، و المقصود انقطاع استمراره بحصول الغاية.

و الأولى: أن يجاب بالفرق بين كون الغاية قيدا للحكم و بين كونها غاية له، فلو كان المراد هو الأول يكون الموضوع الخيار المقيّد بما قبل الافتراق و هذا لا يتحقق إلا فى مورد أمكن الافتراق، و إن كان المراد هو الثانى يكون الخيار ثابتا لكل من المتبايعين بلا قيد و شرط، و كون التفرّق غاية له، يعنى أنه إن حصل التفرّق يرتفع الخيار، و إن لم يحصل يبقى بحاله، و لا يختص بما إذا حصل التفرّق، و لأجل ذلك لو تعدّد العاقد، و لكن لم يمكن الافتراق كما فى الانسانين المتلاصقين إذا تعاملتا يكون لهما الخيار و إن لم يمكن الافتراق، و هذا مثلما إذا قيل: «أكرم العلماء إلى أن يفسقوا» و ليس المراد الإكرام المقيّد بكونه قبل الفسق بل المراد أن الفسق على فرض حصوله رافع للوجوب.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢

ثم إن الشيخ الأعظم توقّف فى المسألة و قال: الأولى التوقّف تبعاً للتحرير، و لكنّه لا مجال له، إذ غاية الأمر صيرورة الحديث مجملا فيرجع إلى الأصل الأولى الذى أسسه فى البحث السابق و هو أصالة اللزوم إلا ما قام الدليل على الخيار فيه. هذا كلّ فى المقام الأول أعنى: ثبوت الخيار و عدمه، و أمّا المقام الثانى و هو أنه على فرض الثبوت فما هو المسقط؟! فذكر المحقق هنا أمورا ثلاثة، و قال:

١- كان الخيار ثابتا ما لم يشترط سقوطه (فى متن العقد).

٢- أو يلتزم به عنهما بعد العقد.

٣- أو يفارق المجلس الذى عقد فيه على قول.

و ذكر فى الجواهر أنه لم يعرف قائل المسقط الثالث و لعلّه لبعض العامة «١».

و وهنه ظاهر، لأن رافع الخيار ليس هو مفارقة المجلس، و لأجل ذلك لو كان البائعان مصطحبين إلى مقدار من النهار بقى الخيار و إن تركا مجلس العقد، فما ربما يقال بأن مفارقة المجلس مسقطه فإثما هو لأجل تلازمه مع التفرّق و إلّا فلا، و الأولى الاكتفاء بالمسقطين المذكورين، و إلّا فيبقى العقد خياريا حتى يسقط الخيار بسائر الأمور المسقطه الآتية.

(١)- الجواهر، ج ٢٣، ص ٢٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣

فى مستنيات خيار المجلس:

إشارة

ربما يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم هذا الخيار، وقد ذكر الشيخ موارد أربعة:

- ١- من ينعق على أحد المتبايعين.
- ٢- العبد المسلم المشتري من الكافر.
- ٣- شراء العبد نفسه.
- ٤- المبيع إذا لم يكن قابلاً للبقاء كالجمد فى الجو المشمس الحار.

المسألة الأولى:

إشارة

إذا اشترى رجل من ينعق عليه فيقع الكلام فى موضعين:

- الأول: تعلق الخيار بالعين.
الثانى: تعلقه بأخذ القيمة.

أما الأول فالظاهر من غير واحد عدم الخيار بالنسبة إلى العين، غير أنه حكى عن الدروس ثبوت الخيار للبائع. أما بيان عدم تعلقه بالعين على وجه الاجمال فلتضافر الروايات على أنهم إذا ملكوا عتقوا. كصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: «إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو خالته أو عمته عتقوا» (١).
و موثقه عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله: «إذا ملك الرجل والديه أو اخته أو عمته أو خالته عتقوا» (٢).

- (١) - الوسائل: ج ١٦، الباب ٧، من كتاب العتق، الحديث ١ و ٣، و لاحظ: الحديث ١، من الباب الرابع من كتاب بيع الحيوان.
 - (٢) - الوسائل: ج ١٦، الباب ٧، من كتاب العتق، الحديث ١ و ٣، و لاحظ: الحديث ١، من الباب الرابع من كتاب بيع الحيوان.
- المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤

و ظاهر الرواية تحقق الانعتاق بمجرد التملك، و من المعلوم أنه لا رقية بعد الحرية، فلا يعود الحر رقاً.

نعم، على قول من يذهب إلى توقف الملكية على انقضاء زمان الخيار، أو قول من يقول بأن الانعتاق من آثار الملكية المستقرّة لا المترزلة، أو قول من يقول إن الانعتاق و إن كان يحصل بمجرد الملك إلا أنه مترزّل يقبل العود إلى الرقية، و ما دلّ على أن الحر لا يعود رقاً، فإنما هو فى الحرية المستقرّة أو الأصلية، - على هذه الأقوال - فالخيار بعد باق لامكان رجوع العين، غير أن المبنى الأول باطل لذهاب المشهور إلى خلافه، و لم ينقل إلّا عن الشيخ.

و أما المبنى الثانى فكون العتق من آثار الملكية المستقرّة على خلاف اطلاق الروايتين، فإنّ ظاهره أنّ الملكية أنا ما يوجب العتق من غير فرق بين المستقرّة و غيرها، و بذلك يظهر ضعف الثالث من التشكيك فى اطلاق عدم عود الحر رقاً فتخصيصه بالحرية المستقرّة كما ترى.

ثمّ لو صحّت هذه الاحتمالات لم يبق فرق بين رد المشتري و البائع فلا وجه لتخصيص الخيار بالبائع دون المشتري، غير أن المعلوم من مذاق الشارع هو اشاعة العتق و تقليل الرقية، فالاحتمالات الثلاثة لا تجتمع مع ما هو المعلوم من مذاق الشارع فى مورد الرقية، فعدم تعلق الخيار بالعين هو الأظهر.

تعلق الخيار بأخذ القيامة:

أما الثاني أى تعلقه بأخذ قيمة العين ففيه وجهان بل قولان: بين ناف لبقاء الخيار، و مثبت له، فقد استدلل النافى بوجهه نشير إليها:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥

١- عدم صدق البيعين على المتعاقدين و إنما هو صورة شراء، و الانشاء مقدمة للانعتاق، و المقام أشبه بالبيع الاستنقاذى، كما فى شراء الأسير المسلم من الكافر «١».

يلاحظ عليه: أنه خلط بين الغاية و نفس العمل، فالغاية شىء و ما يقوم به الطرفان شىء آخر، و العمل فى نظر العرف بيع و شراء، فهذا يبيع رقيقه، و ذاك يشتريه، و إن كان الباعث للشراء هو العطفة و المحبة الرحمة.

٢- ما ذكره فى التذكرة من أن المشتري و طن نفسه على الغبن المالى و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه، و أما من جهة البائع فهو و إن كان عقد معاوضة لكن النظر إلى جانب العتق أقوى «٢».

يلاحظ عليه: بأن المشتري و طن نفسه لصرف مقدار من المال يساوى قيمة الرقيق فى طريق رحمه، و لا يطلب من ذلك سوى عتقه، و أمّا التوطن على صرف ما يزيد على قيمته (و إن لم يصدق الغبن) فليس بثابت لو لم نقل بثبوت خلافه فىقوم باعمال الخيار لدفع الضرر بدفع القيامة و أخذ الثمن.

٣- انصراف دليل الخيار إلى حال وجود العوضين، فإذا تلف أحدهما أو كلاهما فلا خيار، فإن الانعتاق شرعا يعد نوع تلف، لامتناع رجوع الحر رقاً.

يلاحظ عليه: بأنه لا وجه للانصراف أو للاختصاص ببقاء العين سوى ما سيجىء فى الوجه الخامس من قيام الخيار بالعين، فإذا تلفت العين تكويناً أو تشريعاً فلا موضوع للخيار، و سيوافيك ضعفه، و إن الخيار قائم بالبيع و العقد،

(١)- منية الطالب: ج ٢، ص ١٧.

(٢)- تذكرة الفقهاء: ج ١ / ٤٩١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٦

و تعلق الخيار حدوثاً و إن كان متوقفاً على وجود العوضين أو أحدهما، و لكن بقاؤه أوسع من ذلك فىبقى الخيار ببقاء البيع و العقد، و إن كانت العين تالفه حقيقة أو حكماً.

٤- ما اعتمد عليه الشيخ الأعظم من أن الشراء، إتلاف له فى الحقيقة و إخراج له عن المالىة، و سيجىء سقوط الخيار بالاتلاف بل بأدنى تصرف، فسقوط خيار المشتري لأجل كونه متلفاً.

و أمّا سقوط خيار البائع، فلأن بيعه ممن يعتق عليه اقدم على اتلافه و اخراجه عن المالىة. ثم قال: إنا إذا قلنا إن الملك فىمن يعتق عليه، تقديري لا حقيقى، فالمعاملة عليه من المتبايعين مواطأة على اخراجه عن المالىة و انسلاكه فى ما لا يتمم لكّنه حسن مع علمهما «١».

و حاصل كلامه أن بيع العبد ممن يعتق عليه اتلاف بشرطين:

الأول: علمهما بأن المبيع ممن يعتق على المشتري.

الثانى: أن مالكيه المشتري لمن يعتق عليه تقديري لا حقيقى.

أما الأول فشرطه واضح، لأن الجاهل لم يقدم على الاتلاف، و إن كان التلف مترتباً عليه.

و أما الثانى فلأنه إذا كانت الملكية تقديرية كانت الغاية من البيع هى التحرير، و يكون العقد صورة قانونية للهدف من دون أن يكون

هناك بيع و لا شراء، بل أشبه باستنقاذ الأسير المسلم من الكافر. و على ذلك فالإقدام على بيع من

(١)- المتاجر: قسم الخيارات ص ٢١٨.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٧

ينعتق، إقدام على الاعتاق، و انشاؤه إنشاء له، و هذا بخلاف ما إذا كانت الملكية حقيقية فالبايع إنما أقدم على ملكية المشتري، و الثاني اشتراه لتلك الغاية، و أما الاعتاق فهو أثر مترتب على الملكية و على المنشأ. هذا ما يمكن به توضيح كلام الشيخ.

و لكن يمكن أن يقال: إنه لا- فرق بين كون الملكية تقديرية أو حقيقية، أمّا على الأول فلما ذكره، و أمّا على الثاني فالطرفان و إن أقدم على الملكية لا- على التحرير، و لكنهما لما كانا واقفين على أن إنشاء الملكية يترتب عليه التحرير، و الاعتاق، فلا ينفك قصد السبب عن قصد المسبب، أعنى: التحرير، و هذا نظير ما إذا قامت أمّ الزوجة بارضاع ولد بنتها مع العلم بأنه يترتب عليه شرعا حرمة بنتها على زوجها فلا يصح لها أن تعتذر بأنها لم تقصد إلا الرضاع و سدّ الجوع دون التحريم، و إنما هو حكم قضى به الشارع، و ذلك لأن العلم بأن السبب (ارضاع ولد الولد) لا ينفك عن المسبب، يستلزم كونه قاصدا للتحريم بلا شك. و الحاصل: أنه لا يظهر فرق بين الملكية الحقيقية و التقديرية في عد البيع في أحدهما إتلافاً دون الآخر و إن كان الاعتاق في الثانية نتيجة الانشاء بلا فصل، و نتيجة الملكية المنشأة في الأولى.

و بذلك يظهر عدم تمامية ما ذكره السيد الطباطبائي- قدس سره- من أن الشراء ليس إتلافاً بحسب قصد المتعاقدين و إن علما بأن الحكم الشرعي ذلك، فهو كما لو باعا مع العلم بوجود خيار المجلس أو الحيوان، فإنه ليس إقداماً على الخيار و جعلاً له، حتى يكون راجعاً إلى خيار الشرط.

و بعبارة أخرى: المفروض أنه لا يقصد منه إلا التملك الحقيقي، و الاعتاق

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٨

حكم تعبدى شرعى قهرى، بل لو قصد بالشراء الاعتاق بطل، لأن العتق فرع الملكية «١».

وجه النظر يظهر ممّا ذكرناه، إذ لا شك أن الطرفين قصداً للملكية لكن قصد الملزوم لا ينفك عن قصد لازمه عند العلم بالملازمة. و تبعه المحقق النائيني حيث قال: إن الاعتاق حكم شرعى مترتب على الملك، فمجرد علم المتبايعين به لا يؤثر في سقوط الخيار لأنهما لم يقدموا إلا على بيع العبد، و الاعتاق و الخيار حكمان مجعولان و اردان على الموضوع، فلا وجه لترجيح أحدهما على الآخر «٢».

و الأولى في الجواب أن يقال: إنه ليس هناك دليل لفظي على بطلان الخيار بالاتلاف إلا ما ورد في باب خيار الحيوان من أن التصرف و الاحداث فيه يسقط خيار الحيوان، ففي صحيحة على بن رثاب عن أبي عبد الله- عليه السلام- قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه، فلا شرط، قيل له: و ما الحدث؟

قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء» «٣».

و هذه الروايات صريحة في التصرف التكويني، و أمّا التصرف التشريعي بمعنى إيجاد فعل يحكم الشارع عليه بالانعدام تشريعاً، فلا يشمل لسان الدليل، فالحق بقاء الخيار حتى مع الاعتاق.

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي على الخيارات، ص ٧.

(٢) - منية الطالب: ج ٢، ص ١٧.

(٣) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٤، من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩

٥- أن الفسخ عبارة عن ارجاع العوضين إلى محلّهما قبل البيع، و لا يعقل ارجاع المعدوم كما لا يعقل بيع المعدوم، و المنعق و إن لم يكن معدوما لكنّه بحكمه لأنّه لا يمكن ارجاعه تحقيقا إلى محلّه، و لا ارجاعه إلى ملك المشتري لينتقل منه إلى البائع تحقيقا لحقيقة الفسخ.

يلاحظ عليه: أن مبنى الاستدلال أن الخيار متعلّق بالعين، فإذا تلفت و لو شرعا لم يبق لاعمال الفسخ مجال لأنّه عبارة عن ارجاع العوضين إلى محلّهما قبل البيع، و لا يعقل ارجاع المعدوم، و فى كلا الأمرين نظر.

أما الأول: أى تعلّق الخيار بالعين، فهو خلاف ظاهر الأدلّة لأنّ لسانها هو «البيع بالخيار» بمعنى أن المتعاقدين بالخيار، فالخيار يحمله العقد و إن كان أثره يظهر فى متعلقه، أعنى: الثمن و المثمن، و العقد حدوثا و إن كان يتوقّف على وجود العوضين أو أحدهما، و لكنّه بقاء غير متوقّف عليه، فلو تلف المبيع لا يكون العقد معدوما فالتعهّد أو التعاهد باقيا على حالهما، فلو كان هناك فسخ فيتعلّق بحل العقد و رفع العهد، و حلّه.

و أمّا الثانى: أعنى كون الفسخ عبارة عن ارجاع العوضين إلى محلّهما قبل البيع فهو أيضا غير تام و إنّما هو أثر الفسخ فى بعض الموارد فالفسخ حقيقة عقلانية، و حل العقد أمر عرفى، له آثار مختلفة حسب اختلاف موارد.

فتارة يكون أثره هو ما ذكر كما إذا حلّ العقد و كانت العينان باقيتين.

و أخرى يكون ارجاع من جانب و التخلّى عن العهد من جانب آخر، كما إذا باع قمحا على وجه السلف و أخذ الثمن ثمّ فسّخه المشتري، فيرجع الثمن إلى المشتري، و لا يرجع إلى البائع شىء سوى تخلّيه عن العهد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠

و الحاصل: أن الفسخ أمر عقلانى يطلب لنفسه فى كلّ مورد أثرا و لا ينحصر أثره بما ذكر، و على ضوء ذلك فلو فسّخ البائع و كانت العين باقية، ترجع العين إلى ملكه، و أمّا لو كانت تالفه تكوينيا أو تشريعا فينتقل إلى بدلها، أعنى: القيامة السوقية حسب حكم العقلاء، و لا- يكون لحلّ العقد هنا أثر إلّا ذاك، فإذا كان لدليل الخيار اطلاق حتى فى مورد تلف العين، يكون العمل به على هذا النحو العقلانى.

ثمّ إنّ الشيخ ذكر هناك وجهين مختلفين: فعلى الأوّل ذهب إلى أنّه لا- أثر لاعمال الخيار، و هو رجوع المبيع إلى المشتري، حتى ينتقل إلى بدله دون الثانى، و إليك ملخص عبارته، ثمّ إيضاها.

الوجه الأوّل:

إذا قلنا: إنّ فسّخ العقد خروج الملك عن ملك من انتقل إليه إلى ملك من انتقل عنه نظرا إلى أن خروج أحد العوضين (المبيع) عن ملك أحدهما (المشتري) يستلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا «١» لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه. و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد، و الانعقاد عقيب الملك أنا ما إذ برفع العقد لا يقبل المنعق عليه لأن يخرج من ملك المشتري إلى ملك البائع و لو تقديرا، إذ ملكية المشتري لمن ينعق عليه لا يترتب عليه سوى الانعقاد، و لا يجوز تقديره بعد الفسخ قبل الانعقاد خارجا عن ملك المشتري إلى ملك البائع ثمّ انعقاده مضمونا

(١)- هو قيد للخروج أى خروج المبيع عن ملك المشتري تقديرا، و دخوله فى ملك البائع و فرض تلفه فى ملكه حتى يكون مضمونا

له على المشتري لأن المفروض أن المتلف هو المشتري وقد أتلفه فى ملك البائع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١

على المشتري، كما لو فرض بيع المشتري للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع، والحاصل أن الفاسخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه، وهذا غير حاصل فيما نحن فيه (١).

توضيح هذا الوجه بذكر أمرين:

١- أن ضمان المشتري للمبيع لا يتحقق إلّا إذا تلف المبيع فى ملك البائع، فلاجل ذلك لا مناص من تقديره ملكا للبائع حتى يكون التلف من جانب المشتري فى ملكه و يكون ضامنا.

٢- أن الفاسخ لا يتلقى الملك إلّا من المفسوخ عليه، و هو المشتري، فيجب أن يتملكه المشتري قبل التلف ثم يخرج من ملكه إلى ملك البائع و يفرض التلف فى ملكه.

و بما أن الأمر الثانى لا يتحقق فى المقام لأنه كلما تملكه المشتري بعد فسخ البائع، يترتب عليه الانعقاد و لا تصل النوبة إلى تلقى الفاسخ الملك من ملك المفسوخ عليه، فلا يكون لهذا الفسخ أثر، وهذا بخلاف ما إذا كان التلف تكوينيا كما إذا تلف المبيع عند المشتري، فإذا فسخ البائع يقدر خروجه عن ملك المشتري و دخوله فى ملك البائع قبل التلف، فيكون التلف فى ملك البائع.

هذا هو مقصوده، و لكنك خير بأن ما ذكره اعتبارات لا يساعده العرف فى المقام، إذ لا دليل على الأمر الأول، أى بأن يكون الضمان موقوفا على كون التلف فى ملك البائع، بل لو فرضنا أن التلف كان فى ملك المشتري و لكن قام البائع لحل

(١)- المتاجر: قسم الخيارات ص ٢١٨، طبعه تبريز، و فى المطبوعه سقط قوله: «ملك من انتقل إليه إلى» فلاحظ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٢

العقد عن حين الفسخ. لزم على المشتري عند العقلاء أن يقوم برد المبيع إن كان موجودا و بدله إن كان تالفا أخذًا بالتعهد من دون حاجة إلى هذه التجشّمات.

كما لا دليل على الأمر الثانى أى تملك الفاسخ الملك (العين) من المفسوخ عليه، بل يكفى تملكه البدل منه.

الوجه الثانى:

إن قلنا إن الفسخ لا يقتضى أزيد من رد العين إن كانت موجودة و بدلها إن كانت تالفة أو كالتالف، و لا يعتبر فى صورة التلف امكان تقدير تلقى الفاسخ الملك من المفسوخ عليه، بل يكفى أن يكون العين المضمونة قبل الفسخ بثمانها مضمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف ... كان الأوفق بعمومات الخيار، القول به هنا.

و هذا هو الذى أيدناه و قلنا إن حكم العقلاء بالضمان لا يتوقف على التكاليف الموجودة فى الوجه الأول.

هذا كله حول المسألة الأولى أى بيع العبد ممن ينعقد عليه.

و ليعذرني اخوانى فقد خرجنا عمّا تعهدنا به فى صدر البحث من الاجتناب عمّا لا يمسن الحياة فى عصرنا هذا، و لكن لما كان البحث عن هذه المسألة مفيدا لأجل تحقيق حقيقة الفسخ، فقد آثرنا خطوات القوم فى المقام.

المسألة الثانية: العبد المسلم المشتري من الكافر

إذا اشترى العبد المسلم من الكافر فربما يحتمل عدم الخيار لما ذكره الشيخ فى الوجه الأول من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين

إلى مالكةا الأصلي (الكافر) و لو تقديرا، لتكون مضمونة له بقيمتها على من انتقلت إليه و رجوع المسلم إلى الكافر

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣

غير جائز.

و لكنك قد عرفت أن الفسخ لا يتوقف على رجوع العين، لا إلى المشتري ثم البائع كما فى المسألة الأولى، و لا إلى المالك الأصلي كما فى المقام، و بما أن رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز يكفى فى الضمان لزوم الخروج عن عهده، فلو كانت العين موجودة فبردها و إلا فبقيمتها من دون حاجة إلى دخولها إلى ملك أحد من المشتري أو البائع.

[المسألة الثالثة: شراء العبد نفسه]

و أما المسألة الثالثة: أعنى شراء العبد نفسه، فلعل عدم الخيار و لو بالنسبة إلى القيامة هو الأظهر لعدم شمول أدلته له.

[المسألة الرابعة: إذا لم يكن المبيع قابلاً للبقاء]

و أما المسألة الرابعة: أعنى عدم الخيار فيما إذا لم يكن قابلاً للبقاء فلانصراف الأدلة عن مثله.

خيار المجلس و سائر العقود:

يظهر من غير واحد، اتفاق العلماء على عدم دخول خيار المجلس فى العقود الجائزة، قال الشيخ الطوسى: الوكالة، و العارية، و القراض، و الجعالة، و الوديعة لا خيار فيها فى المجلس، و لا يمتنع دخول الشرط فيها، ثم قال: دليلنا على عدم الدخول، هو الاجماع (١).

و سبب ذلك أن الموضوع لخيار المجلس فى الروايات، هو البيع، فلا يثبت فى العقود الأخرى مطلقاً، جائزة كانت أم لازمة، أما الأولى فلاختصاص أدلة

(١) - الخلاف ٣/ ١٣، كتاب البيوع، المسألة ٧. و قريب منه كلام القاضى فى جواهره لاحظ المسألة ١٩٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٤

خيار المجلس بالعقد اللازم، مضافاً إلى لغوية دخوله فيها، لأنها فى جميع الأوقات جائزة، و لا حاجة للتوقيت.

إنما الكلام فى ثبوته، فى العقود اللازمة كالأجارة و الصلح، فالحق حسب أصولنا عدمه، لا اختصاص الموضوع بالبيع، و هو غير صادق على الموجر و المتصالح، قال الشيخ: إذا حال بمال عليه على غيره، فقبل المحتمل الحوالة، جاز أن يدخلها خيار الشرط و لا خيار مجلس فيه، و قال الشافعى: لا يدخله خيار الشرط و فى خيار المجلس وجهان (١)، و ذكر فى ما إذا ملك الشفيع الشقص بالثمن، و انتزع عن يدي المشتري أنه ليس له خيار المجلس (٢).

فإن قلت: إن الظاهر من الفقهاء تسريه أحكام البيع إلى سائر العقود المعاوضيه مثل: كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و نحو ذلك، فليكن المقام من هذا القبيل.

قلت: إن أحكام البيع على قسمين: منها ما يستظهر من أدلتها أنها ثابتة للبيع لكونه معاوضه، مثلاً إن الضمان المعاوضى اقتضى كون التلف قبل قبضه من مال بائعه، لا خصوص البيع. و مثله خيار العيب فإن جواز الرد لأجل وجود الاشتراط الضمنى على أن يكون المبيع سالماً لأن الأصل فى الخلقة هو السلامة - على ما سيوافيك تفصيله - فلو تخلفت يكون له نقض المعاوضه، لأنه على خلاف الأصل الذى هو كالشرط الضمنى فيعم الحكم كل معاوضه، و هذا بخلاف المجلس فإنه حكم تعبدى ورد فى مورد البيع لا يتعدى من البيع إلى غيره إلاً بدليل شرعى.

(١)- الخلاف: ١٣/٣، كتاب البيوع، المسألة ١١ و ١٣.

(٢)- الخلاف: ١٣/٣، كتاب البيوع، المسألة ١١ و ١٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥

خيار المجلس و بيع الصرف و السلم:

لا اشكال فى شمول اطلاق الدليل لبيع الصرف بعد التقابض، و السلم بعد الاقباض، إنما الكلام فى شموله لما قبلهما. و بعبارة أخرى: الكلام فى مبدأ الخيار، فيهما بعد كونه من حين العقد فى غيرهما فهنا وجهان:

الأول: إن مبدأ الخيار هو العقد فى غير الصرف و السلم لظهور النص فى كون البيع علة تامة للخيار و أما فيهما فإنما هو بعد التقابض و الإقباض، و ذلك لأن الخيار يتعلّق بالعقد الصحيح، و المفروض أنه لا- صحّة قبلهما، فلو تبايعا و لم يتقبضا، و تفرقا، بطل العقد، بخلاف ما إذا تفرقا فى غيرهما فلا يبطل العقد، و بذلك يظهر الفرق بين التقابض فى الصرف و السلم و التقابض فى غيرهما، فإنّ التقابض فى الأول مكمل للعقد و جزء منه، و لولاه لكان العقد ناقصا و هذا بخلافه فى غيرهما، فإنّ البيع و العقد كاملان، و ليس التقابض إلّا عملا بالتعهد و خروجا عن عهده الواجب الذى فرضه عليهما العقد.

و إن شئت قلت- فى وجه عدم الخيار قبل التقابض:- إن الخيار فك العقد الصحيح و حلّه و هو فرع كونه موجودا، و المفروض أنه لا يتم إلّا بالتقابض و هو غير متحقق بعد، و يترتب عليه: أنه لا موضوع للخيار قبل التقابض و الدليل لا يعمهما بل هو خارج عنه موضوعا. الثانى: إن مبدأ الخيار هو العقد مطلقا، غاية الأمر: أن جعل الخيار قبل إكمال العقد، يتوقف على وجود الأثر و هو موجود، لأنه إن قلنا بوجود التقابض تكليفا، فثمرته هو رفع وجوبه بالفسخ فله أن يتمتع عنه بعده، و إن قلنا بعدم

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦

وجوبه، فثمره الفسخ، هو خروج العقد بفسخ ذى الخيار عن قابلية لحق القبض المملك، و لأجل ذلك لو فرض اشتراط سقوط خيار المجلس فى العقد، لم يخرج العقد بفسخ أحدهما عن قابليته.

يلاحظ عليه: أن حقيقة الفسخ، هو فك العقد، فلو أمكن صحّ جعله، و إلّا فلا، و أما رفع وجوب التقابض أو إخراج العقد عن القابلية و الصلاحية لأن يلحقه القبض المملك، فليسا من الآثار البارزة له حتى يصحّ ثبوته لأجل ذينك الأثرين.

نعم لو صحّ حلّ العقد تترتب عليه الآثار الآخر من رفع الوجوب أو إسقاط الصلاحية، و لكن المفروض أنه لم يتحقق الموضوع (العقد).

ثمّ إنه ربّما يستدلّ على وجوب التقابض بوجهين:

١- ما ذكر العلامة فى التذكرة من أنه لولاه، لزم الربا. و الاستدلال ضعيف:

أما أولا: فلأنه يتمّ فيما إذا كان العوضان من جنس واحد لا ما إذا كانا من جنسين كبيع الذهب بالفضّة، فإنّ الزيادة فى الأول ممنوع دون الثانى.

و ثانيا: فلأن ترك التقابض يوجب البطلان لا الربا، و إنّما يتصور الربا فيما إذا قبض واحد، متأخرا عن الآخر بمقدار معتد به، فيما أن للأجل قسطا من الثمن، فالمتأخر قد أخذ أزيد ممّا أخذه المتقدم «١».

٢- ما ذكره الشيخ الأعظم من أنه مقتضى قوله سبحانه: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و إن لم يكن العقد هنا بنفسه مملكا. و هذا الوجه كالسابق، لأنّ المفروض أنه

(١)- التذكرة: ١/ ٥١٧، فى بيع الصرف قال: لو تعذر عليهما التقابض فى المجلس و أرادا الافتراق لزمهما أن يتفاسخا العقد بينهما فإن تفرقا قبله كان ذلك ربا

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧

لا عقد قبل التقابض، لأنه شرط فى صحّة العقد، فما لم يتحقق التقابض لا يتم العقد، و كونه عقدا عرفا قبله غير مفيد، بعد تضافر الروايات على شرطية التقابض فى صحّة العقد. فى رواية محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام:- لا يبتاع رجل فضة بذهب إلا يدا بيد، و لا يبتاع ذهباً بفضة إلا يدا بيد» «١». و لأجل كونه شرطاً فى الصحّة جاء فى صحیحته منصور بن حازم عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «إذا اشترت ذهباً بفضة أو فضة بذهب، فلا تفارقه حتى تأخذ منه و إن نرى «٢» حائطا فأنز معه» «٣».

فالحق أن يقال: إن مبدأ الخيار فى الصرف و السلم إنما هو بعد التقابض دون غيرهما، فالمبدأ فيه هو تمام العقد مع صحّته.

(١)- الوسائل: ١٢، الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث ٣.

(٢)- نرى: وثب.

(٣)- الوسائل: ١٢، الباب ٢ من أبواب الصرف الحديث ٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨

فى مسقطات خيار المجلس:

إشارة

ذكر الفقهاء أنه يسقط بأمر أربعة:

١- اشتراط سقوطه فى نفس العقد.

٢- اسقاطه بعد العقد.

٣- التفريق عن رضا.

٤- التصرف.

فلنأخذ كلّ واحد بالبحث:

المسقط الأول: اشتراط سقوطه فى نفس العقد:

إشارة

لا يظهر الخلاف فى سقوطه بالاشتراط فى متن العقد. و الدليل عليه هو عموم: «المؤمنون عند شروطهم» «١» و المفروض أن الشرط المزبور أمر جائز فى نفسه فلا يشمل ذيله: إلا ما حرّم حلالاً أو أحلّ حراماً.

فإن قلت: إنّه معارض بإطلاق أدلة خيار المجلس و النسبة بين الدليلين عموم من وجه، فلا وجه لتقديم أحدهما على الآخر.

قلت: إن دليل نفوذ الشرط الجائز مقدّم على دليل خيار المجلس و ذلك لأنّ معنى دليل الخيار أن البيع بما هو مع قطع النظر عن الطوارئ و العوارض مقتضى للخيار، و أمّا معها فلا بأس من منع تأثير المقتضى كما هو الحال فى كلّ

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٩

العناوين الأولى بالنسبة إلى الثانويّة، فالتوضو للصلاة بما هو واجب و النوافل الليلية بما هي مستحبّة، و لا ينافي ذلك ارتفاع وجوب الأوّل بالضرر و الحرج، أو كونها واجبة بالنذر و غيره (١).

و ما أفاده السيّد الأستاذ- قدس سرّه- من أنّ وزان قوله: «من شرط شرطاً فليف بشرطه» وزان قوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، غير تامّ لما فيه أولاً: أنّه أي فرق بين دليل الشرط و دليل النذر، أعنى قوله: «وَلْيُوفُوا نُذُورَهُمْ (الحجّ / ٢٩)» حيث يوصف الثاني دليلاً ثانوياً دون الأوّل مع اتّحادهما في اللسان، أعنى: «من شرط شرطاً فليف به».

و ثانياً: إنّ التقدّم ليس رهن كون دليل الشرط عنواناً ثانوياً حتّى يمنع عنه بل يكفي فهم العرف من أنّ الخيار أمر اقتضائي نافذ لو لم يمنع عنه طارئ و حادث مثل الشرط.

و بذلك يعلم أنّه لا حاجة في علاج المعارضة بترجيح دليل الشرط بالكتاب فإنّ الترجيح فرع المعارضة.

ثمّ إنّ هناك شبهات تعرّض لها الشيخ فلندكرها.

شبهات ثلاث حول اشتراط سقوطه في العقد:

الأولى: إنّ الشرط إنّما يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازماً

لأنّ الشرط في ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد، فلزوم الشرط يتوقّف على لزوم العقد، فلو ثبت لزومه بلزوم الشرط لزم الدور.

(١)- نسبة الوجوب إليها بالعرض و المجاز، و الواجب حقيقة هو الوفاء بالنذر و لا يخرج الإنسان من عهده إلّا باقامتها بتيّة الاستحباب كما حقّقناه في محلّه.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٠

يلاحظ عليه: أنّ البيع من العقود اللازمة بالطبع و بالذات، و خيار المجلس طارئ و مانع عن نفوذ لزومه قبل التفرّق، فإذا ارتفع المانع باشتراط السقوط، يعود اللزوم، و ليس للاشتراط شأن إلّا رفع المزاحم فلا يحتاج في اتّصافه باللزوم الفعلي إلى شيء آخر سوى رفع المزاحم.

و على ذلك فاللزوم الاقتضائي أمر طبيعي له، لا يتوقّف على شيء من صحّة الشرط و لزومه، و أمّا اللزوم الفعلي فهو يتوقّف على رفع المزاحم المتوقّف على صحّة الشرط، و أمّا صحّة الشرط فلا يتوقّف على لزوم العقد لا اقتضاء و لا فعلاً بشهادة صحّة الشرط في العقود الجائزة و إن لم تكن لازمة لتبعية العقود للقصور. و على ذلك فالتوقّف من جانب واحد، و هو توقّف اللزوم الفعلي على صحّة الشرط، لا من جانبيين حتّى يتوقّف صحّة الشرط على شيء.

و بالجملة: صحّة الشرط بنفسه كاف في إثبات اللزوم الفعلي.

الثانية: إنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد

على ما هو ظاهر البيعان بالخيار، فاشترط عدم كونهما بالخيار، اشترط لعدم بعض مقتضيات العقد.

أقول: الصحيح في طرح الإشكال أن يقال: إنَّ اشترط عدم كونهما بالخيار مخالف لمقتضى السنَّة لا أنَّه مخالف لمقتضى العقد، و ذلك لأنَّ المراد من مقتضى العقد هو ما لا- ينفكُّ عنه في نظر العرف، و يكون تفكيكه عنه بمنزلة تفكيك اللازم عن الملزوم، و يكون أشبه بالتناقض في الإنشاء، و هذا كما إذا تزوج امرأة بشرط أن لا يتمتع منها، فإنَّ هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد التزويج فإنَّ الغاية منه هو التمتع الجنسي، فالغاؤه بتاتا لا يجتمع مع التزويج، و مثله إذا باع بلا ثمن أو أجر بلا أجره فإنَّ البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجره لا يعد بيعا و لا إجارة بل يعدَّ محاباة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١

و على ضوء ذلك فشرط عدم الخيار ليس منافيا لمقتضى العقد إذ ليس الخيار إلَّا حكما شرعيا مترتبا عليه بشهادة عدم وجوده بين غير المسلمين، و لو كان من مقتضياته لما انفكَّ عنه في ظرف دون ظرف.

نعم يمكن أن يقال: إنَّ شرط عدم الخيار مناف للسنَّة الواردة القائلة بأنَّ البيعان بالخيار.

يلاحظ عليه: أنَّ الهدف من الاشتراط ليس هو نفي الحكم الشرعي، حتَّى يكون اشتراطه مخالفا للسنَّة بل المراد من حكم الشرع بالخيار، أنَّه قد أعطى للبائع أو المشتري حقا ماليا باسم خيار المجلس، فيشترط إسقاط حقه كما يشترط على الزوجه إسقاط حق قسمها في متن العقد، و الحكم الشرعي لما صار مصدرا لهذا الحقَّ فالمقصود من الاشتراط هو تسليط ذى الحقَّ على إسقاط حقه المنتزع من هذا الحكم.

و بعبارة أخرى: تارة يشترط على عدم كون العقد خياريا، و أخرى عدم كون البيع ذا خيار، بإسقاط حقه، فما يعدَّ مخالفا للسنَّة هو الأوَّل، لأنَّه تصرف في حريم الشارع، دون الثاني لأنَّه تصرف في حريم ذى الحقَّ فله إسقاطه برضاه.

الثالثة: إنَّ إسقاط الخيار في ضمن العقد، إسقاط لما لم يجب

لأنَّ الخيار لا يحدث إلَّا بعد البيع فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله.

يلاحظ عليه: أنَّ إسقاط ما لم يجب كضمانه أمر باطل، لأنَّ الإسقاط فرع الثبوت فلا معنى لإسقاط ما لم يثبت كما أنَّ الضمان في مذهب الإمامية نقل ذمَّة إلى ذمَّة فما لم تشتغل ذمَّة المضمون عنه بشيء و لم يثبت فيها لا وجه لنقله إلى ذمَّة أخرى، و هذا ما يقال: إنَّ ضمان ما لم يجب باطل.

تبريزي، جعفر سبحاني، المختار في أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار في أحكام الخيار؛ ص: ٧١

و لكن إسقاط أو ضمان ما لم يثبت، من الأمور الاعتبارية، و صحتهما

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٢

و بطلانها تدوران مدار صلاحية الشيء للثبوت و الإسقاط عند العقلاء، فلو لم يكن هناك ثبوت بتاتا حتَّى بنحو المقتضى، فاعتبار السقوط أو الضمان أمر لغو لا يحوم حوله العقلاء و أمَّا إذا كان هناك مقتضى للثبوت و إن لم تكن هناك علمة تأمَّية فيصح الإسقاط كما يصح الضمان، و لأجل ذلك أطبق الفقهاء على صحَّة ضمان المبيع أو إسقاط ضمانه عند احتمال كون المال مسروقا أو مستحقا للغير فالمشتري أن يضمَّنه إذا بان المال مستحقا للغير، حتَّى يرجع إليه و يأخذ منه ثمنه و لا- يقال: إنَّه ضمان ما لم يجب، لوجود المقتضى و هو العقد و عدم ثبوت كونه مال الغير لا يضرُّ بالضمان بعد كون المورد مظنة لذلك، كما أنَّه يصحُّ للبائع البراءة من ذلك

و ليس ذلك إسقاطا لما لم يجب لوجود المقتضى، و على ذلك فيكفى فى الثبوت وجود المظنة له، و لأجل ذلك صححنا طلب الطبيب البراءة من الدية إذا انجز العمل إلى التلف، و لا يقال: إنه إسقاط ما لم يجب بل يعد ذلك إسقاطا لما له مظنة الثبوت. و بذلك يتبين أن المقام من قبيل إسقاط ما ثبت لأن العقد بنفسه مقتض للخيار لو لم يكن هناك اشتراط السقوط، فيكفى هذا المقدار من الاقتضاء لإسقاطه، فيكون المقام من قبيل الدفع لا من قبيل الرفع. و بذلك تتضح قوة ما ذكره العلامة فى التذكرة: «لو وكله فى شراء عبده و عتقه، و فى تزويج امرأة و طلاقها، و استدانة دين و قضائه، صح» مع أنه لا عتق إلا فى ملك، و لا طلاق إلا بعد نكاح، و المفروض أنه بعد لم يملك و لم يتزوج و مع ذلك صح توكيله لحصول المقتضى، بخلاف ما إذا وكله فى طلاق زوجته سينكحها. و مثل ما إذا قال البائع: بعته و ارتهنته، قبل قبول المشتري و قال: اشتريته و رهنته.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣

و تدل على صحته صحيحة سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عن رجل كان له أب مملوك، و كان لأبيه امرأة مكاتبه قد أدت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبى إذا أنت ملكت نفسك، قالت: نعم، فأعطاها فى مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك؟ قال- عليه السلام:- لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم (١).

و الرواية صالحة للاستدلال على حكومة أدلة الشروط على أدلة الأحكام الأولية، و قد استدلل بها الشيخ عليها، كما أنها صالحة للاستدلال بها على المقام، فيكفى فى الإسقاط وجود المقتضى، حيث إن المكاتبه بعد لم تملك الخيار، مع أنها أسقطتها قبله.

صور إسقاط الخيار فى العقد:

إشارة

ثم إنه يتصور إسقاط خيار المجلس فى متن العقد على وجوه:

١- سقوطه فى متن العقد على وجه شرط النتيجة

بأن يكون الخيار ساقطا بهذا الشرط من دون أن يحتاج سقوطه إلى سبب آخر، و هذا كما إذا باع الشاء و اشترط كونها صدقة أو وقفا بمعنى صيرورة الشاء بنفس هذا البيع و الشرط- لا بسبب آخر- صدقة أو وقفا.

٢- أن يشترط عدم الفسخ على نحو شرط الفعل

فيقول: بعث بشرط أن لا أفسخ فى المجلس، فيرجع إلى الالتزام بترك الفسخ، و المراد من الفعل هو الالتزام بترك الفسخ، و هذا نظير أن يبيع من زيد و يشترط عليه أن لا يبيعه من عمر.

٣- أن يشترط إسقاط الخيار بعد العقد و هو أيضا شرط فعل

، و هذا نظير أن

(١)- الوسائل: ج ١٦، الباب ١١ من أبواب المكاتبه، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٤

يبع شيئا و يشترط ببعه من آخر.

إنَّ صحَّة الصورة الأولى تتوقَّف على أن يكون السقوط من الأمور التي لا يتوقَّف فى تحقُّقه على سبب خاصّ و إلّا فلو كان محتاجا إلى سبب معيّن لا يصحّ اشتراطه، كما إذا اشترط كون زوجته مطلقة أو أمواله صدقة أو عبيده أحرارا، فإنّ هذه المسببات رهن أسباب خاصّة فى الشرع لا تحصل بنفس الاشتراط، و هذا بخلاف إسقاط الحقّ فإنّه لا يتوقَّف على سبب خاصّ، فيصحّ على كلتا الصورتين بنحو شرط الفعل و شرط النتيجة.

ثمّ إنّ التعبير عن هذا القسم بعدم الثبوت لا يخلو من إشكال إذ ربّما يتوهّم منه عدم كون العقد خياريا، و عندئذ يكون على خلاف السنّة، و الأولى أن يعبر عنه بالسقوط أو دفع الخيار باعتبار تحقُّق مقتضيه، فى مقابل الارتفاع الذى هو عند تحقُّق العلة التامة.

و أما الصورة الثانية: أى إذا شرط الالتزام بعدم الفسخ بعد العقد، فيقع الكلام فى موارد:

١- إذا اشترط ترك الفسخ هل يكون ترك الفسخ واجبا باعتبار أنّ الوفاء بالشرط لا يتمّ إلّا به، نظير صلاة الليل إذا نذرنا حيث تكون واجبة لكون الوفاء لا يتمّ إلّا بها؟

المشهور ذلك و لكن التحقيق خلافه، لأنّ ما هو الواجب بالذات هو الوفاء بالنذور، قال سبحانه: وَ لِيُؤْفُوا نُدُورَهُمْ (الحجّ / ٢٩): كما أنّ الواجب بالذات فى المقام هو الوفاء بالشرط، قال على - عليه السلام -: «من شرط لامرأته شرطا فليف لها به» (١).

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيارات الحديث ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٥

و أما الإتيان بصلاة الليل أو الالتزام بترك الفسخ فإنّما من محقّقات الوفاء بالنذر و الشرط، و الحكم الشرعى لا يتعدى من موضوعه الواقعى إلى ما ليس موضوعا، و لو صحّ إطلاق الواجب عليهما فهما واجبان بالعرض.

و بالجملة فرق بين مصداق الكلّى، كالفريضة بالنسبة إلى الصلاة، و بين منطبق العنوان الواجب كالصلاة بالنسبة إلى الوفاء بالنذر، فهى ليست مصداقا له بل محقّقا و موجدا له فهى لا تتصف إلّا بالوجوب العرضى.

٢- إذا ترك الالتزام فهل يكون الفسخ محرّما تكليفيا بزعم أنّ الأمر بالشىء (الالتزام بترك الفسخ) نهى عن ضده، أعنى: نفس الفسخ أو لا؟ التحقيق لا، لما ثبت فى محلّه من عدم الاقتضاء فى الأمر المتعلّق بالشىء حقيقة فكيف إذا كان تعلق الأمر عرضيا.

٣- حكم الفسخ وضعاً و أنّه هل يكون نافذا لو فسخ، أو لا؟ و هذا هو المهمّ فى المقام، ذكر الشيخ الأعظم فيه وجهين:

الأول: عدم النفوذ و ذلك لأنّ وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره عليه، و عدم سلطنته على تركه، كما لو باع منذور التصدّق، على ما ذهب إليه غير واحد، فمخالفة الشرط و هو الفسخ غير نافذ فى حقّه.

توضيحه: أنّ وجوب الوفاء بالشرط (حتّى بعد الفسخ) مستلزم لوجوب الإجبار عليه، و هو دليل على بقاء العقد، حتّى بعده و عدم تأثير الفسخ و هذا هو المطلوب.

يلاحظ عليه: أنّه لا دليل على وجوب الوفاء بالشرط بعد التخلّف بالفسخ

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٦

حتّى يترتب عليه الإيجاب الملازم لبقاء العقد، الكاشف عن عدم تأثير الفسخ، لأنّ شموله عليه - بعد الفسخ - فرع إحراز وجود العقد و

هو أول الكلام، إذ يحتمل أن يكون المقام أشبه بالعصيان فى الأحكام التكليفية، الموجب لسقوط الأمر، و فى المقام يكون موجبا لارتفاع الموضوع و هو العقد.

و بعبارة أخرى: يجب عليه العمل بالشرط و صيانة العقد عن الفسخ ما دام موجودا، و أما إذا فسخ و ارتفع الموضوع بالعصيان فلا معنى لوجوب العقد- بعد ارتفاعه- حتى يستلزم الأمور المذكورة المثبتة لعدم تأثير العقد.

و بذلك يظهر ما ذكره فى آخر كلامه حيث قال: «هذا الاحتمال أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط، الدال على وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ فى جميع الأحوال حتى بعد الفسخ فيستلزم ذلك كون الفسخ الواقع لغوا».

الثانى: النفوذ لعموم دليل الخيار و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب فساد الفسخ على ما قاله بعضهم من أن بيع منذور التصديق، حث موجب للكفارة لا فاسد. و حينئذ لا فائدة فى هذا غير الإثم على مخالفته إذ ما يترتب على مخالفة الشرط فى غير هذا المقام من تسلط المشروط له على الفسخ لو خولف الشرط، غير مترتب هنا (لكونه تحصيليا للحاصل).

توضيحه: أن عموم دليل الخيار يعم المقام و لا مانع سوى الالتزام بترك الفسخ شرعا فى متن العقد. و مخالفته بالفسخ و إن كان حراما لكنه لا يوجب فساده، و ذلك لأنه لم يسقط حق الخيار حتى لا يعمه دليل الخيار، و إنما التزم بترك الفسخ فإذا خالف فيؤخذ بمقدار ما خالف، فلو كان عمله حثا كما إذا باع منذور التصديق، ترتب عليه الكفارة، و لكن لا يبطل لعدم خروجه عن ملكه بالندر

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٧

(اللهم إلهما إذا جعله صدقة على نحو شرط النتيجة بحيث صار صدقة بنفس الشرط كما سيأتى)، و لو لم يكن عمله حثا، لكن كان عملا محرما، يؤدب لأجل المخالفة، و يكون فسخه نافذا لتمسكه بحقه الذى لم يسقط بعد، و هذا نظير ما إذا صرف النفقة الواجبة فى غير موردها، أو نكح امرأة حلف على ترك نكاحها، أو اشترى عينا حلف على عدم شرائها.

و بذلك يظهر الفرق بين كون الشرط سقوط حق الفسخ (شرط النتيجة) و كونه الالتزام بترك الفسخ (شرط الفعل) فإن الفسخ فى الأول غير نافذ، إذ لم يبق هناك حق حتى يتمسك به، بخلاف الثانى. و مثله الفرق بين منذور التصديق، و الالتزام بالتصدق فى الأول- بناء على صحته- خرجت العين عن ملكه فلا موضوع للبيع إذ لا بيع إلا فى ملك، بخلاف الثانى لأنه التزم فيه أن يتصدق بها مع كونها ملكا له و لم تخرج عن ملكه، و بهذا اتضح معنى قوله «و الالتزام بترك الفسخ لا يوجب الفساد».

و أما التمسك لتضعيف هذا الوجه بعموم قوله: «المؤمنون عند شروطهم»، قائلا بأن له عموما أحواليا كما أن له عموما أفراديا، و من جملة أحواله، حال العقد بعد وقوع الفسخ فيكون مقتضاه وجوب الوفاء حتى فى هذا الظرف فضعيف جدا مضافا إلى ما عرفت من أن وجوب الوفاء لا يدل على بطلان الفسخ، أن التمسك بالإطلاق الأحوالى فرع إحراز كونه فردا للعام و هو فرع إحراز عدم تأثير الفسخ، و لو ثبت به لدار إذ من المحتمل خروج البيع بعد الفسخ عن تحت عموم دليل الشرط.

أما الصورة الثالثة: أعنى: أن يشترط إسقاط الخيار، بعد العقد فلو أخل به و فسخ العقد يجرى فيه الوجهان، و قد عرفت الأقوى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٨

حكم الشرط غير المذكور فى العقد:

إن إسقاط الخيار فى العقد يتصور على وجوه ثلاثة:

١- أن يذكر سقوطه فى متن العقد، كأن يقول: بعثك بشرط عدم خيار المجلس بيننا.

٢- أن يشترط قبل العقد أن لا يثبت بينهما خيار ثم يتعاقدا مع الإشارة إلى الشرط المتقدم كأن يقول بعثك على الشرط المزبور.

٣- أن يتقاولا على السقوط ثم يتعاقدا مجردا عن التصريح و الإشارة إلى الشرط.

لا إشكال فى صحة الأول و الثانى و لزوم الوفاء بهما. إنما الكلام فى الصورة الثالثة و هو المسمى عند الفقهاء بالشرط المبنى عليه

العقد، فهل يجب الوفاء به، مثل المذكور أو هو أشبه بالوعد بالالتزام، أو هو التزام تبرّعى، فلا يجب الوفاء إلّا تبرّعا؟ قال الشيخ: «إذا شرط قبل العقد، أن لا يثبت بينهما خيار بعد العقد، صحّ الشرط، و لزم العقد بنفس الإيجاب و القبول، و للشافعى فيه قولان: أحدهما أن ذلك لا يصحّ و على ذلك أكثر أصحابه، و منهم من قال بصحّته، مثل ما قلناه دليلنا أنه لا مانع من هذا الشرط، و الأصل جوازه، و عموم الأخبار فى جواز هذا الشرط يتناول هذا الموضوع» (١).

(١) - الخلاف: ج ٣، كتاب البيوع، المسألة ٢٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٩

ثم إنّ الشيخ الأعظم حمل عبارة الخلاف على الشرط المذكور فى متن العقد بصورة الإشارة إلى ما تباعا عليه، لا على الصورة المجردة عن أى ذكر و إشارة «١»، و لكن عبارة الخلاف لو لم تكن ظاهرة فى الثالثة ليست ظاهرة فى الصورة الثانية. و ما أفاده الشيخ الأعظم فى عدم وجوب الوفاء يتلخّص فى أمور:

- ١- إن المتبادر من الشرط هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر، و قد عرّفه القاموس بالإلزام أو الالتزام فى البيع، و هو لا يصدق إلّا على القسمين الأولين دون الثالث، إذ ليس هناك حبل يربط الأول بالثانى، فلا تعمّه أدلّة الشروط، لعدم صدق الموضوع.
- ٢- إن المتحقّق فى السابق إمّا وعد أو التزام تبرّعى لا- يجب الوفاء به، و العقد اللاحق و إن وقع مبتّيا عليه لكن لا- يلزمه لأنه إلزام مستقل لا يرتبط بالعقد، إلّا بجعل المتكلم، و المفروض عدمه.
- ٣- لا يقاس الشرط المذكور قبل العقد على أوصاف العوضين كالحنطة الحمراء، و لا على الشروط التى جرت العادة و العرف على الالتزام بها فى العقد، و ذلك:

لأنّ ذكر الأوصاف قبل العقد يوجب انصراف العوض إليها فى العقد، فلا يحتاج إلى إنشاء على حدّه.

و أمّا الشروط فلو كانت من الشروط العامّة كالسلامة من العيوب، أو التسليم و التسلم، فإنشاء العقد إنشاء لهذه الشروط العامّة، لأنها من لوازم ألفاظ العقود، فكما أنها تنشأ بها معانيها المطابقة فكذا مداليلها الالتزامية.

(١) - المتاجر، قسم الخيارات، ص ٢٢١، و لاحظ: منية الطالب، ج ٢، ص ٢٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٠

و هذا بخلاف الشرط الخاصّ (كإسقاط الخيار) للعاقده الخاص، فإنّه ليس من المداليل الالتزامية، و ليس كالشروط النوعية، و لا كأوصاف العوضين، فليس هو المنشأ فى العقد إلّا مع ارتباط العقد به صريحا أو إشارة.

هذا غاية توضيح لكلام الشيخ، و على ذلك بنى عدم وجوب الوفاء بالشروط الابتدائية التى لا يتقدّمها عقد و لا يتأخّرها أيضا، بل تنعقد اتفاقية ابتدائية بين الطرفين كعقد التأمين فى الشركات و التجارات.

يلاحظ عليه: أولا: أنّه لم يثبت كون الشرط هو التزام فى التزام بل استعمل فى غير واحد من الروايات فى نفس التعهّد، و سيوافيك تفصيله فى بحث الشروط و مضى بعض الكلام فيه عند الكلام فى حديث «بريرة» و على فرض التسليم، يقع الكلام فى كيفية هذا الالتزام، فهل تكفى التبعية الواقعية، النفس الأمرية، ككون الشرط من شؤون المشروط واقعا و بين المتعاقدين أو تشترط التبعية فى الإنشاء و اخراجه بصورة التزام فى التزام فى عالم اللفظ، فعلى الأول فالشرط حاصل لأنهما التزم بسقوط الخيار فى العقد الذى جاء بعده بلا فصل، فالالتزام الأول يعد من شؤون الالتزام الثانى، و ليس التزاما مستقلا، و على الثانى أى لزوم كون التبعية منشأ باللفظ و إن كان لا تعمّه أدلّة الشروط - حسب الفرض - لكنّه باطل لإطلاق قوله:

«المؤمنون عند شروطهم» فغاية ما يمكن أن يقال هو إخراج الالتزامات الابتدائية غير المرتبطة بالتزام، و أمّا المرتبط معنى المنفكّ

إنشاء، فداخل تحته.

و ثانيا: إن قوله: إن إسقاط الخيار قبل العقد إما وعد أو التزام تبرّعى ليس حاصرا بل هو إنشاء لإسقاط خيار العقد الذي بصدد إنشائه و ليس من قبيل إسقاط ما لم يجب، لوجود المقتضى.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٨١

أضف إلى ذلك ما في صحيحة سليمان به خالد، فإن الظاهر أنه من هذا القسم، حيث يقول:

هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبي، إذا أنت ملكت نفسك، قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك. قال- عليه السلام-: لا يكون لها الخيار، المسلمون عند شروطهم «١». فالظاهر أن الإعطاء تحقّق بالمعاطة، بانها على الشرط المذكور من قبل. مع أن المرجع في المعاملات، هو العرف و العقلاء، و هم لا يفرّقون بين الأقسام الثلاثة قدر شعرة.

و لو صحّ ما ذكره الشيخ في الأوصاف، من كفاية المقاوله السابقة في وصف العوضين، فليكن كذلك الشروط الخاصّة، إذا ذكرت قبل العقد، بل الأمر في العوضين أشدّ لأنهما من الأركان دون الشروط، و سيوافيك تمام الكلام في بحث الشروط.

المسقط الثاني: الإسقاط بعد العقد:

إشارة

قد تعرّف على المسقط الأوّل و هو اشتراط السقوط في العقد بأقسامه الثلاثة، و هذا هو المسقط الثاني و وصفه الشيخ بأنّه المسقط الحقيقي، و أظنّ أن

(١)- الوسائل ج ١٦، الباب ١١ من أبواب المكاتبه، الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٨٢

المسألة من المسائل الواضحة التي لا تحتاج إلى الاطناب و إقامة الدليل و البرهان، غير أن الشيخ الأعظم تلقى المسألة نظريّة، و تمسك على الجواز بوجهه، و لكنّها غنية عنها لأنّ كون ذى الحقّ مختارا في إسقاط حقّه ممّا أطبق عليه العقلاء، و المقام من مصاديق هذا الأصل فإنّ احتمال عدم سقوط خيار المجلس بعد العقد مبنّى على احتمالات كلّها منتفية و إليك بيانها:

١- إن خيار المجلس من الحقوق التعبدية التي ليس لذي الحقّ فيها حقّ الإسقاط، كحقّ الرجوع إلى الزوجه، و من المعلوم انتفاء هذا الاحتمال لأنّ خيار المجلس كسائر الخيارات الرائجة من الحيوان و العيب و الغبن التي شرعت لصالح صاحبه، فله أن يتقلّب في حقّه كيفما شاء، ما لم يمنعه عنه دليل خاص و هذا لا ينافي أن المشرّع لخيار المجلس هو الشرع و لعلّه لم يكن بين العقلاء منه عين و لا أثر، لأنّه لا- يوجب اختلافا في الماهية، حتى يتميّز عن سائر الخيارات جوهرًا. و إن شئت قلت: الشارع عطف هذا الخيار على سائر الخيارات التي كانت معتبرة عند العقلاء، و معدودة من حقوق المتعاملين.

٢- احتمال أنّه من الحقوق غير القابلة للإسقاط كحقّ الحضانه و الولاية و غير ذلك، و هو أيضا احتمال منفي في المقام، و إلّا يلزم أن تكون ماهيته مغايرة لماهية سائر الخيارات.

٣- عدم سقوطه بالأسباب العرفية، و هذا أيضا كالسابق إذ مرجعه إلى تصرّف الشارع في حقيقته حتى لا يسقط إلّا بمسقط شرعي، و على ضوء ذلك يكون خيار المجلس من الحقوق العقلية.

و من المعلوم أن لذي الحقّ أن يتقلّب في حقّه كيفما أراد ما لم يمنعه عنه دليل

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٣

كالاتلاف و الإسراف و غير ذلك، و هذا المقدار يكفى فى إسقاطه بعد العقد، نعم استدلل الشيخ بوجوه من الأدلة بعد الإجماع نأتى ببعضها:

١- ما ورد فى خيار الحيوان فى صحيحه على بن رثاب عن أبى عبد الله قال:

«الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة الأيام فذلك رضا منه فلا شرط» (١).

بتقريب أن التصرف مسقط لكونه كاشفا عن الرضا النوعى أو الشخصى بالبيع، فإذا كفى ذلك فى السقوط، فالتصريح بالسقوط أولى بأن يكون مسقطا.

و أورد على الاستدلال بالفرق بين المقيس و المقيس عليه، فإن المقيس عليه إعمال الخيار بامضاء البيع و المقيس إعدام الخيار، و استفادة الحكم الثانى من الأوّل لا يخلو عن غموض (٢).

يلاحظ عليه: أن العبرة بعموم التعليل و هو أن كلّ ما يكشف عن رضا العاقد بالبيع فهو مسقط لخياره، و المقيس و المقيس عليه و إن كانا من باين، و لكن عموم التعليل يعمّ الموردین، فالتفاوت بينهما غير محلّ بالاستدلال.

٢- قوله: الناس مسلّون على أموالهم، فإذا كانوا مسلّين عليها فأولى أن يكونوا مسلّين على حقوقهم المتعلقة بالأموال، و لا معنى لتسلّطهم على مثل هذه الحقوق غير القابلة للنقل، إلّا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط.

و أورد على الاستدلال: أن دليل السلطنة فى مقام أصل التشريع و هو أن لصاحبها أنحاء السلطنة على ماله، و بالفحوى أن له أنحاء السلطنة على حقّه،

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢)- نخبه الأزهار فى أحكام الخيار، تقرير شيخ الشريعة الاصفهاني، بقلم الوالد- قدس سرهما-، ص ٩٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٤

و أمّا نوعية سبب التسلّط حتّى الإسقاط بعد العقد و أنّه بيده فلا إطلاق له، فلا يمكن استكشاف جواز السبب (الإسقاط) من إطلاق دليل السلطنة، إذ هو فى مقام بيان أصل السلطنة، لا أسبابها، و لأجل ذلك لا يمكن أن يستدل بإطلاقه على جواز العقد بغير العريه أو نفوذ الإنشاء بالفعل كالقول، و ذلك لأنّ جواز السبب و عدمه يطلب من دليل آخر، و لا يمكن استفادته من دليل السلطنة، لأنّ تشخيص جواز السبب و عدمه ليس من أنحاء السلطنة حتّى ينفع الإطلاق فى حقّه.

يلاحظ عليه: أن الأعراض عن العين أو الحقّ من أنحاء السلطنة على المال و من أقسامها و مصاديقها، و لذلك لا يجوز للمفلس الاعراض لأنّه قد سلبت عنه هذه السلطنة و مثله الأكل و الشرب، فإنّهما من أنحاءها لا من أسبابها، و بذلك يظهر الحال فى الحقوق. و ذلك لأنّ العرف لا يرى إسقاط الخيار إلّا من أنحاء السلطنة على الحقّ، نعم ربّما يقال من أن الحديث بصدد إثبات السلطنة للناس و الإسقاط إعدام لها.

يلاحظ عليه: بأنّ الإعدام- كالأكل و الشرب- إذا كان لصالح صاحب السلطنة، يعد ذلك من أقسام السلطنة، و تحقيقا لها.

ثمّ إنّه ربّما يستدلّ بقوله سبحانه: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (المائدة/ ١)، و الاستدلال ضعيف جدا لأنّ الإسقاط ليس عقدا، و مثله الاستدلال بأدلة الشروط، و هو فرع شمولها للشروط الابتدائية، و إن كان غير بعيد.

ثمّ إنّ الإسقاط كما يتحقّق باللفظ، يتحقّق بالكتابة أيضا و هو أمر عرفى لا إشكال فيه، بل يرى العرف الكتابة فى هذه الأزمنة أضبّط من الكلام، و احتمال أنّه لم يكن فى مقام الإسقاط غير مسموع بين العقلاء.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٥

سقوط الخيار بقوله: «اختر»

لو قال أحدهما لصاحبه «اختر». فهل يسقط خيار الأمر أو لا؟ فله صور لأنّه إذا قال ذلك، فالمخاطب إمّا أن:

١- يختار الفسخ.

٢- أو يختار الإمضاء.

٣- أو يسكت.

أمّا الصورة الأولى: فيفسخ العقد بلا إشكال ولا يترتب على البحث عن مفاد «قول الأمر» فائدة.

أمّا الصورة الثانية ففيها احتمالات:

الف: يسقط خياره مطلقاً و هو خيرة الشيخ فى الخلاف «١».

ب: يسقط بشرط إرادة تملك الخيار للمخاطب و إلّا فهو باق.

ج: يسقط بشرط إرادة التملك أو التفويض، دون إرادة الاستكشاف.

و أمّا الصورة الثالثة ففيها أيضاً احتمالات:

الف: يسقط مطلقاً.

ب: لا يسقط كذلك.

ج: لا يسقط إذا لم يملك.

قال الشيخ فى الخلاف: إذا قال أحد المتبايعين لصاحبه فى المجلس بعد العقد: اختر، فإن اختار إمضاء العقد انقطع بينهما الخيار، و إن

سكت أو لم يختار «٢»،

(١)- الخلاف: ج ٣، كتاب البيوع، ٢٧.

(٢)- بأن يقول لا أختار شيئاً.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٦

كان الخيار كما كان.

و قال الشافعى: يثبت فى حيز الساكت، و فى حيز الآخر وجهان:

أحدهما: يثبت- و الآخر هو المذهب:- إنّه ينقطع خياره وحده، و لصاحبه الخيار. دليلنا: أنا أجمعنا على أنّ لهما الخيار قبل هذا القول،

فمن ادعى أنّ خيار أحدهما قد زال فعليه الدلالة «١».

إذا عرفت ذلك فنقول: إنّ لفظة «اختر» لا تدلّ فى عرفنا إلّا على الاستكشاف لا على السقوط، و لا التملك و التفويض، و لعلّ من

قال بواحد من هذه الاحتمالات لأجل أحد أمرين:

١- إنّ لفظة «اختر» مسقط تعبدي، كالافتراق، و يدلّ عليه ما روى عنه صلى الله عليه و آله و سلم:

البيعان بالخيار ما لم يفترا أو يقول أحدهما لصاحبه «اختر» «٢». و لكن المروى مرسل، لا يحتجّ به.

٢- إنّ اللفظة كانت ظاهرة فى تلك الأيام فى أحد الوجوه الثلاثة و لو ثبت ذلك لا صلة له بزماننا هذا، فإنّه للاستكشاف فيها لا غير.

نعم ورد فى باب الطلاق عن رجل خيّر امرأته فاخترت نفسها بانته منه، فأجاب الإمام، لا إنّما هذا شيء كان لرسول الله خاصّة «٣».

إكمال: إنّ إسقاط أحدهما خياره لا يوجب سقوط خيار الآخر.

كما أنه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد، لأنه مقتضى ثبوت

(١)- الخلاف: كتاب البيع ج ٣ المسألة ٢٧.

(٢)- المستدرک: ج ١٣، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣)- الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٧

الخيار و ليس من قبيل تقدّم الفاسخ على المجيز، إذ لا تعارض بين الحقيين، فكلّ حقّ مستقل، أجاز أحدهما دون الآخر. نعم لو ثبت الخيار لمتعدّد كالأصيل و الوكيل، و قلنا: بأنّ هنا خيارا واحدا مشتركا (لا أنّ لكلّ واحد خيارا مستقلا و إلّا فلا يسقط خيار الآخر بإسقاط أحدهما خياره إذ لا تعارض) فأجاز أحدهما أو لم يكن له خيار، و فسخ الآخر دفعة واحدة، يقدم الفاسخ و هو من صغريات القاعدة المزبورة. (تقدم الفاسخ على المجيز).

هذا من غير فرق بين كون التعدّد لجانب واحد- كالبائع- أو كليهما.

و إلى هذه الصورة يشير الشيخ الأعظم بقوله: نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفين (الأصيل و الوكيل) كما لو فرض ثبوت الخيار من طرف أحد المتعاقدين أو من طرفهما، لمتعدّد «١» كالأصيل و الوكيل.

و مثله إذا تصرف ذو الخيار فى العوضين دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجارية ثم اعتقهما حيث إنّ إعتاق العبد فسخ، و إعتاق الجارية إجازة.

و نظيره اختلاف الورثة فى الإجازة و الفسخ.

و هذه الموارد الثلاثة من قبيل تقديم الفاسخ على المجيز عند العلامة. و لكنّ الحقّ أنّه يقع التعارض بين الفسخ و الإجازة، لأنّ الأوّل إبطال للعقد، و الثانى تثبيت له، و هما متنافيان، فلا يجتمعان، فيرجع إلى الأصل المقرّر فى المورد و هو بقاء العقد مع الخيار.

(١)- المتعدّد، متعلّق لقوله «ثبوت الخيار».

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٨

المسقط الثالث: الافتراق

إشارة

لا- إشكال فى سقوط الخيار به لتضافر الروايات فيه، و لا يعتبر أن يكون الافتراق حاكيا عن رضا الطرفين أو واحد منهما بالعقد بل الرضا حين العقد كاف، و إن لم يعلم الرضا حينه، بل علم عدمه، لكن افتراقا مع عدم الاكراه، و أمّا ما رواه فضيل بن يسار عن أبى عبد الله قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما «١» ففيه احتمالات:

١- رضيا بالبيع وقته.

٢- رضيا بالبيع حين الافتراق و يكون الافتراق عن رضا منهما.

٣- رضيا بالبيع حين الافتراق و يكون الافتراق كاشفا نوعيا عن الرضا، و يكون الاعتداد به لكونه كاشفا نوعيا عنه.

٤- رضيا بالافتراق و لا يكون عن إكراه.

و الظاهر هو المعنى الأول، ثم الأخير، و المقصود أن البيع مقتضى لزوم، و المجلس مانع عن تأثيره فإذا زال، أثر المقتضى.
و أما ما هو المحقق للافتراق فهناك أقوال:

- ١- ما حكاه الشيخ: عن الشافعى أنه قال: يرجع فى ذلك إلى العادة.
- ٢- و قال الشيخ: أقل ما ينقطع به خيار المجلس خطوة فصاعدا «٢».

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- الخلاف: ج ٣ ص ٢١ كتاب البيوع، المسألة ٢٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٨٩

٣- و ذهب الشيخ الأعظم إلى أن الملاك هو افتراقهما بالنسبة إلى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد، فإذا حصل الافتراق الإضافى و لو مسماه ارتفع الخيار فلا تعتبر الخطوة، بل يكفى الأقل منها، فلو تبايعا فى سفيتين متلاصقتين كفى مجرد افتراقهما «١».
و الظاهر قوة القول الأول- لو لم يرد هناك تحديد من الشرع- و ذلك لأن الافتراق من المفاهيم العرفية فيرجع فيه إليه، و من المعلوم أنه لا يصدق عندهم بالخطوة و الخطوتين، فضلا عن انفصال السفينتين بأقل من خطوة، خصوصا إذا كان الافتراق لغرض عقلاى غير خارج عن حیطة المعاملة كما إذا كان المكان ضيقا و المكان حارًا فيتحرّك من جانب إلى جانب، فلاكتفاء بالخطوة فضلا عن الأقل منها غير المتبادر من الرواية.

و أما التحديد فى بعض الروايات ب «خطى» فهى روايات حاكية لعمل أبى جعفر الباقر- عليه السلام- فالمروى عن محمد بن مسلم عنه أنه قال: «بايعت رجلا، فلما بايعته قمت فمشيت خطى، ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افتراقنا» «٢».
و المروى عن أبى عبد الله- عليه السلام- عن أبيه- عليه السلام- هو أنه قال: فلما استوجبها قام فمضى فقلت له: يا أبه عجلت القيام؟ فقال: يا بنى، أردت أن يجب البيع «٣».

فالظاهر من النقل الأول، أن الإمام مشى خطوات ثم رجع إلى المجلس،

(١)- المتاجر، ص ٢٢٢.

(٢)- الوسائل ج ١٢، الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٠

و الظاهر من النقل الثانى أن الإمام قام من المجلس و مضى إلى مكان آخر، و تبعه أبو عبد الله- عليه السلام- و ظاهر النقلين أنهما يحكيان موضوعا واحدا، و لأجل ذلك لا يمكن الأخذ بهما، و هذا يكشف عن طرء اضطراب عليها عند النقل.

و على فرض كون النقلين راجعين إلى موردين مختلفين فلا- يمكن الأخذ بما رواه محمد بن مسلم، و ذلك للفرق بين قولنا «امش خطى» و قولنا: «ثم مشيت خطى» فيما أن الأول أمر و طلب يؤخذ بإطلاقه، و يقال: إن ثلاث خطوات و هى أقل الجمع كافيته فى حصول الغاية أخذا بالإطلاق، و هذا بخلاف الأخبار عن فعل الإمام بأنه خطوات فيما أنها تصدق على الأقل و الأكثر و يصير مجعلا من هذه الجهة لأنها حكاية عن واقعة، و ليس يلزم على الحاكي تعيين المرتبة الخاصة التى تحقق بها الافتراق حتى يحمل على المرتبة النازلة عند عدم القرينة على الأكثر فإن الخطى كما تصدق على ثلاثة تصدق على ثلاثين أيضا، و على ذلك فالحق أن الملاك هو الافتراق العرفى.

ثم إن الشيخ نقل عن بعضهم التأمل فى كفاية الخطوة مستدلا أولا:

بانصراف الاطلاق إلى أزيد منها، و ثانيا: باستصحاب الخيار، أى كون العقد خياريا.

و لا يخفى أن الجمع بينهما غير صحيح لأن الشبهة شبهة حكمية مفهومية، فلو قلنا بالانصراف فهو دليل اجتهادى لا يحتاج معه إلى الاستصحاب كما هو واضح. نعم لو كانت الشبهة موضوعية، كان للاستصحاب مجال فقط دون الانصراف.
المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩١

الافتراق عن إكراه:

إذا أكره المتعاقدان على التفريق فهل يسقط خيارهما أو لا؟ نقول: إن للمسألة صورتين:

الأولى: إذا أكرها على التفريق على وجه يتمكنان من الفسخ و الإمضاء.

الثانية: إذا أكرها على التفريق مع المنع من التخير.

أما الأولى: فالظاهر من كلمات الفقهاء سقوط خيارهما. قال الشيخ فى الخلاف: إذا أكره المتبايعان أو أحدهما على التفريق بالأبدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخير فلم يفعلا بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك. و للشافعى فيه وجهان، فقال أبو إسحاق مثل ما قلناه، و قال غيره: لا ينقطع الخيار. دليلنا:

أنه إذا كان متمكنا من الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتى وقع التفريق بالأبدان دلّ على الرضا بالإمضاء «١».

و لا يخفى ضعف الدليل، فإن المتعاقدين و إن كانا متمكنين من الإمضاء و الفسخ و لكن ربما لا يكونان جازمين بأحد الطرفين فيتوقف الجزم على استمرار مجلس العقد حتى يترويا فى مصالحهما و التمكّن من الفسخ و الإمضاء لا يحكى عن رضاهما بالعقد، و لو لا التسالم لكان للتشكيك فى السقوط مجال، كما سيوافيك بيانه.

أما الثانية: أعنى ما إذا لم يتمكن من التخير أى اختيار الفسخ أو العمل

(١)- الخلاف، ج ٣، كتاب البيوع، المسألة ٣٥، و كلام الشيخ فى الأعم من كون المكره، كل من المتعاقدين أو واحد منهما، و سيجىء فى البحث عن إكراه الواحد فى المسألة الثانية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٢

على مقتضى الخيار، بأن يسدّ أفواههما أو هدّدا عليه، فالمشهور هو عدم السقوط.

قال فى الشرائع: و لم يبطل الخيار لو أكرها على التفريق، و قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده، بل فى الغنية و عن تعليق الشرائع الإجماع عليه، للأصل بعد تبادر الاختيار من النصوص، و لذا يصحّ فى التحقيق أن يقال: لم يفترقا و لكن فرقا «١».

و لا يخفى أن الجمع بين الأصل و التبادر غير وجيه، فإن الثانى دليل اجتهادى و الآخر دليل فقهائى، و على كلّ تقدير فقد استدلّ على عدم السقوط بوجوه نشير إليها:

١- تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار.

يلاحظ عليه: أنه إن أراد منه لزوم كون الفعل إراديا فى مقابل الافتراق غير الإرادى، مثل نقل كلّ واحد إلى مكان خاصّ من دون إرادة واحد منهما، فالافتراق هنا إرادى لأنّ الفعل الإرادى ما سبقته الإرادة، و المكره من أقسام الفاعل الإرادى فهو يربّح تطبيق العمل على ما يطلبه المكره بترجيح الفعل على الترك أو بالعكس بالتروى و التفكير، ففعله إرادى قطعاً، مقابل غير الإرادى مثل الفعل الصادر عن النائب، أو من ألقى عليه القبض فجبرّ إلى مكان آخر.

و إن أراد كونه شرطا اختياريا فى مقابل كونه إكراهيا فهو ممنوع، و ادّعاء التبادر كما ترى، و الشاهد عليه أنهم حكموا بسقوط الخيار إذا حصل التفريق عن غفلة أو نوم أحد الطرفين أو اضطرار، كما إذا حالت الريح و السيل بينهما أو تفرّقا فرارا عن لصّ أو هجوم سبع

أو غير ذلك، فسقوط الخيار فى تلك الموارد يكشف عن عدم اشتراط كون الفعل إرادياً بهذا المعنى.

(١)- الجواهر: ج ٢٣، ص ٩.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٣

٢- حديث الرفع المروى فى الخصال بسند صحيح: رفع عن أمتى تسعة:

الخطأ و النسيان، و ما أكرهوا عليه و ما لا يعلمون ... «١» و مّا رفع: هو «ما استكرهوا عليه»: و ليست المؤاخذه متعلّق الرفع لأنها أمر تكوينى لا- يمتّ إلى التشريع بصله بل المرفوع هو الأعم من التكليف و الوضع، و الشاهد على عمومية الرفع هو ما رواه البرقى فى المحاسن بسند صحيح عن أبى الحسن- عليه السلام- فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقته ما يملك أ يلزمه ذلك؟

فقال: لا، قال رسول الله: رفع عن أمتى ما اكرهوا عليه، و ما لم يطبقوا و ما أخطئوا «٢» حيث استدل الإمام- عليه السلام- على عدم لزوم العمل بالحلف عن إكراه بالحديث و الصحيحة دلّت على أنّ المرفوع، الأعم من التكليف و الوضع، فيكون لزوم العقد مرتفعا بارتفاع الافتراق حكما.

يلاحظ عليه: أولاً- أنه لو قلنا بالرفع فى الإكراه يجب أن نقول بمثله فى الافتراق عن نسيان و اضطرار لأنهما من التسعة التى رفع حكمهما، و لم يقل به أحد.

ثانياً: ان الافتراق ليس موضوعاً للحكم الشرعى بل حدّ له، فلو انعدم الحد يرتفع الحكم سواء كان عن اختيار أو لا كما إذا قال: أكرم زيدا ما دام كونه فى المسجد، فإذا أخرج قهراً سقط الحكم.

٣- صحيحة فضيل عن أبى عبد الله فى حديث: «فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» «٣».

(١)- الصدوق: الخصال: باب التسعة الحديث ٩ ص ٤١٧.

(٢)- الوسائل: ج ١٦، الباب ١٢ من أبواب كتاب الإيمان، الحديث ١٢.

(٣)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ١، من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٤

و تقريب الاستدلال بوجهين:

الأول: إنها دلّت على أنّ الشرط فى السقوط، الافتراق و الرضا منهما، و المراد هو الرضا المتصل بالتفرّق بحيث يكون التفرّق ناشئاً عن الرضا بالبيع، و من المعلوم أنّ التفرّق الإكراهى لا ينشأ عن الرضا بالبيع بل عن إكراه المكره.

الثانى: إنّ قوله «بعد الرضا» إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد، الكاشف عنه الافتراق، فيكون الافتراق مسقطاً لكونه كاشفاً نوعاً عن رضاهما بالعقد و إعراضهما عن الفسخ «١».

و حاصل هذا الوجه أنّ المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا بالعقد، و ليس الافتراق الإكراهى كاشفاً عنه.

و الفرق بين الوجهين واضح، فإنّ الأول يعتمد على أنّ المسقط الافتراق الناشئ عن الرضا بالبيع، و الوجه الثانى يعتمد على أنّ المسقط هو الافتراق الكاشف عن الرضا، و على كلّ تقدير فليس الافتراق الإكراهى كاشفاً عن الرضا بالبيع.

يلاحظ على الوجه الأول: أنّه لو كان المسقط هو التفرّق عن رضى بالبيع، لزم أن لا- يسقط الخيار إذا علم أنّ الافتراق لم ينشأ عن الرضا بالبيع، و إنّما نشأ من عامل آخر مثل الجهل بالحكم، أو لعامل آخر كهجوم السبع و غيره، مع أنّ الظاهر سقوطه.

و أمّا الثانى فهو كون المسقط التفرّق الكاشف عن الرضا بالبيع حين

(١) - المتاجر، قسم الخيارات، ص ٢٢٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٥

التفرق، فذلك احتمال مرجوح فى مقابل ما عرفته من الاحتمال، و هو أنّ المراد هو الرضا بالبيع حين البيع، لا الرضا به حين الافتراق، و ذلك لأنّ الرواية بصدد بيان أنّ المقتضى للزوم هو نفس العقد الذى أوقعه الطرفان بالرضا، و المانع هو الخيار، فالمقتضى موجود لإيقاعهما العقد بالرضا، و المانع مرتفع بالتفرق، فلا وجه لبقاء الخيار، فعلى ذلك فما هو الشرط، هو وجود الرضا حين البيع، لا الرضا حين الافتراق، و لا الافتراق الكاشف عن الرضا بالبيع، حتى تكون المحتملات الثلاثة صحيحة، و الذى ذكرناه هو الواضح.

هذا كلّ حول أدلّة القوم بعدم السقوط و تحليلها، و قد عرفت عدم تماميتها، و مع ذلك كلّ يمكن القول بعدم السقوط إذا أكرها على التفرق و ذلك لانصراف دليل الخيار عن مثله، لأنّ خيار المجلس شرع لفسح المجال للمتعاقدين للتفكر فيما عقدا، فصار التفرق آية لجنوحهما (بعد التروى) إلى الالتزام بالعقد، و من المعلوم أنّ مثل ذلك لا يتحقق إلّا فى الافتراق الاختيارى لا الإكراهى.

فإن قلت: إن ما ذكرت ليس ملاكاً للحكم، بل حكمه له، و لأجل ذلك ربّما يتخلف الحكم عنها، كسقوط الخيار بذهاب واحد مع غفلة الآخر، أو حيلولة الريح بينهما أو التفرق لأجل الفرار من الحيوان الضارى أو غير ذلك، ممّا أفتوا بسقوط الخيار فيه مع تخلف الحكمة.

قلت: إن كونه حكمه تكفى فى انصراف الدليل عن صورة التفرق الإكراهى الذى يحمله الغير على التفرق و إن كان غير منصرف عمّا إذا كان هناك دافع عن نفسه، نظير:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٦

١- إذا أكره أحدهما على الذهاب، و لم يمنع الآخر من المصاحبة و التخاير، و لكن بقى فى المجلس مختاراً.

٢- أكره أحدهما على البقاء و ترك التخاير و ترك الآخر المجلس اختياراً.

نعم إذا أكره أحدهما على الذهاب، و منع الآخر عن المصاحبة و التخاير فهو داخل فى المسألة السابقة أى الإكراه على الطرفين جميعاً، و قد عرفت عدم سقوط خيارهما. إنّما الكلام فى الصورة الأولى، فالأقوال فيها أربعة:

١- سقوط خيارهما.

٢- ثبوت خيارهما.

٣- سقوط خيار المختار.

٤- التفصيل بين بقاء المختار، فيثبان و مفارقتة المكان، فيسقطان.

هذه هى الأقوال، و إليك مبانيها.

فإن قلنا: إن الغاية حصول الافتراق الاختيارى لكليهما و إن افتراق كلّ واحد منهما مسقط لخيار نفسه على وجه العام الاستغراقى، يسقط عندئذ خيار المختار دون المكره، إذ الفرض أنّ تفرق كلّ واحد منهما، غاية لخيار نفسه لا لخيار الآخر، فالمختار يسقط خياره دون المكره لعدم الاعتداد شرعاً بإذابه المساوق مع الافتراق.

و إن قلنا: بأن الغاية هو حصول الافتراق الاختيارى لكليهما لكن يتوقف سقوط خيار كلّ واحد منهما على مجموع الافتراقين الاختياريين على وجه العام

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٧

المجموعى، فما لم يحصل هناك مجموعهما اختياراً، فلا يسقط خيار واحد منهما، و على هذا يثبت خيارهما لعدم حصول الغاية، أعنى: مجموع الافتراقين الموصوف بالاختيارى.

هذا إذا قلنا بأن الغاية هو الافتراقان، إمّا على نحو العام الاستغراقى أو على نحو العام المجموعى.

و أمّا إذا قلنا بأن الغاية حصول افتراق من أحدهما، فإن قلنا بأنه يعتبر فى المسقط كونه فعلا وجوديا فيأتى التفصيل بين بقائه، و ذهابه، فلو بقى فيثبت الخياران، لعدم صدور افتراق مسقط منهما أمّا المكروه فلعدم الاعتداد بافتراقه، و أمّا المختار فلعدم صدور فعل منه. و أمّا إذا قلنا بأنه يكفى كونه تركا اختياريا فعندئذ يسقط الخياران بصدور التفريق من واحد منهما، و هو جلوسه فى المكان و عدم مصاحبته للمكروه.

هذه هى المباني، و لكن الشيخ أهمل ترجيح أحدهما على الآخر، و الظاهر هو الأول، لأنّ قوله «البيعان» فى قوّة قوله «البائع و المشتري بالخيار» و قوله: «ما لم يفترقا» فى قوّة قوله: «ما لم يفترق البائع و المشتري»، فالمقابلة فيها فى الحكم ثبوتا و سقوطا على نحو واحد، فإذا كان كلّ محكوما بخيار مستقل فهو بحكم المقابلة محكوم بمسقط مستقل، فيكون تفرّق كلّ واحد منهما مسقطا لخيار نفسه، و تكون النتيجة هو العام الاستغراقى ثبوتا و سقوطا.

و احتمال كون مجموع التفرّق- إذا وصف بالاختيار- غاية لكلا الخيارين على نحو العام المجموعى، بعيد عن الأذهان العرفية، و أبعد منه الاحتمال الثالث.

و منه يظهر حكم الصورة الثانية، و هى ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعا

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٨

من التخيار، و فارق الآخر اختيارا، و إنّ مقتضى ما ذكرنا سقوط خيار المختار دون المكروه.

ثمّ إنّّه إذا زال الإكراه، فهناك احتمالات:

١- جعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد، و إن كانا متباعدين.

٢- إذا اجتمعا بعد الزوال يكون ذلك مجلس الخيار.

٣- إنّ الغاية ممتنعة الحصول فى المورد، فيبقى الخيار بحاله إلى أن يسقط بأحد المسقطات، و لا يخفى أنّ الاحتمالين الأولين تحرّص على الغيب، فإنّ الثابت شرعا هو بقاء خيارهما إذا أكرها و تكون النتيجة بقاء الخيار بعد الافراج عنهما، و أمّا تنزيل مجلس زوال الإكراه أو تنزيل المجلس الجديد عند الاجتماع بمنزلة مجلس الخيار فهو يحتاج إلى دليل، فلا مانع من القول ببقاء الخيار إلى أن يسقط بسائر المسقطات كالانسانين المتلاصقين لا يسقط خيارهما بالتفرّق لعدم امكانه.

المسقط الرابع: التصرف:

إنّ كون التصرف مسقطا لخيار المجلس على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط، ممّا لم يظهر بين الفقهاء خلاف فيه و إن لم يرد فى خصوصه نص، و إنّما ورد النص فى غيره، و يظهر من الشيخ فى الخلاف ورود النص فيه، قال: «روى عنهم- عليهم السلام- من أنّ المشتري إذا تصرّف فى المبيع بطل خياره» (١) و مورد النصّ هو خيار الحيوان (٢) و قد تلقاه الشيخ ضابطه كليه، و لأجل ذلك قال فى الجواهر: «إنّا لم

(١)- الخلاف: ج ٣/ ٢٣، المسألة ٣٠.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٩٩

نجد ما يدلّ على إبطال التصرف بمطلق الخيار...» (١) و حكى القول بمسقطيته عن جواهر القاضى و لم نجده فى مظانّه، و لكن قال فى المهذب: «و إذا ثبت لزوم البيع أمّا بوقوعه مطلقا أو بمضى المدّة إن كان مشروطا، أو تصرّف المشتري فيه بتملك أو عتق أو هبة»

«٢».

و على كلّ تقدير فيمكن استظهار السقوط ممّا ورد فى التعليق الوارد فى خيار الحيوان، حيث قال: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام، فذلك رضا منه فلا شرط» «٣» و يؤيد ذلك ما سيوافيك من أنّ المتبادر فى كلام الشيخ فى الخلاف و بعض الروايات أنّ خيار الحيوان، ليس بخيار مستقلّ بل هو نفس خيار المجلس الممتدّ فى مورد الحيوان إلى ثلاثة أيام.

(١)- الجواهر: ١٧ / ٢٣.

(٢)- المهذب: ٣٥٧ / ١.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠١

الفصل الثالث خيار الحيوان

إشارة

اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و عدمه.

مبدأ خيار الحيوان و منتهاه.

فى مسقطات خيار الحيوان.

أ- اشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

ب- اسقاطه بعد العقد بقوله: التزمت بالعقد.

ج- سقوطه بكل فعل دال على التزامه بالعقد.

د- التصرف.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٣

خيار الحيوان

[تعريف خيار الحيوان:]

خيار الحيوان: ممّا انفردت به الإمامية، و لم يقل به غيرهم، و يظهر من خلاف الشيخ، أنّ المتلّقى فى زمانه: إنّ خيار الحيوان، هو نفس خيار المجلس، و هو فى غير الحيوان ينقضى بالافتراق و فيه بمضى ثلاثة أيام و لكن غيرهم قالوا بأنّ حكم الحيوان و جميع المبيعات واحد، و قال: يثبت فى الحيوان الشرط ثلاثة أيام شرط ذلك أو لم يشرط، و قال جميع الفقهاء: حكم الحيوان حكم سائر المبيعات «١».

و فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يتفرّقا.

و فى صحيح زرارة عن أبى جعفر- عليه السلام- قال سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يتفرّقا، و صاحب الحيوان ثلاث.

و على كلّ تقدير، فمقتضى الاطلاقات هو شمول الحكم لكلّ ذى حياة له قيمة فيعم النحل، و دود القرّ و العلق و لكنّه منصرف عن

المبتاع لا بما أنه حيوان بل بما أنه لحم، مثل السمك المخرج عن الماء و الجراد المحرز، و الصيد المشرف على

(١)- الخلاف، ج ٣، كتاب البيوع، المسألة ٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٤

الموت، كما هو منصرف عن الحيوان الكلى، فإنه ليس حيوانا إلا بالحمل الأولى لا بالحمل الشائع، و تصور كون مبدأ الخيار هو أول زمان التسليم، خلاف النص، من كون مبدئه، هو العقد، و لو لا النص على شموله للرق من الإنسان، لقلنا بنفس هذا الانصراف فيه، لأنه ليس بحيوان عرفا و إن كان كذلك عقلا، و كيف كان فيقع الكلام فى مواضع:

١- اختصاص خيار الحيوان بالمشتري و عدمه.

٢- مبدأ الخيار و منتهاه.

٣- مسقطاته.

الموضع الأول: فى اختصاصه بالمشتري و عدمه:

إشارة

هل يختص الخيار بالمشتري أو يعمه و البائع، المشهور هو الأول، قال العلامة فى المختلف: خيار الحيوان ثلاثة أيام يثبت بالعقد سواء شرطه أو لا، للمشتري خاصة ذهب إليه الشيخان و ابن الجنيدي، و سائر و الصدوق و ابن البراج و ابن إدريس «١». و قال السيد المرتضى: يثبت الخيار للبائع و المشتري و حكى القول الثانى عن ابن طاوس و قواه الشهيد الثانى فى المسالك. و هناك قول احتمله العلامة فى مختلفه و هو ثبوته لصاحب الحيوان بائعا كان أو مشتريا، ثمنا كان أو ثمنا.

(١)- مختلف الشيعة: كتاب التجارة، ١٧٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٥

[حجية القول الأول]

استدل للقول الأول بوجوه:

١- الأصل فى البيع هو اللزوم خرج عنه المشتري و بقى الباقي تحته، و المراد منه هو مقتضى العمومات اللفظية التى مرّ البحث عنها.

٢- صحيحة فضيل: «عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري، قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال:

البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» «١» و الاستظهار منه بأنحاء:

الف: قد ثبت فى محلّه أنّ المسند إليه إذا كان معرّفا باللام يفيد الحصر مثل قوله: «الطلاق لمن أخذ بالساق» و قوله: «الولاء لمن اعتق» و على ذلك يكون قوله:

«ثلاثة أيام للمشتري» بقرينه السؤال بمنزلة قوله: «الخيار ثلاثة أيام للمشتري».

ب: مقتضى المقابلة حيث عبّر فى غير الحيوان بقوله: «البيعان» و فى الحيوان بالمشتري فلو كان عاما لما كان وجه للعدول عنهما إليه.

ج: دلالة القيد فى مقام التحديد على المفهوم.

٣- صحیحہ علی بن رثاب عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط» (٢) و دلالتها على المدعى، لأجل إفادتها الحصر على ما بين أولاً، و كون القيد فى مقام التحديد دالاً على المفهوم ثانياً.

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، الحديث ٥، و الباب ١، الحديث ٣ و قد فرقها على البابين كعادته فى الكتاب.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٦

٤- صحیحته الأخرى: قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» (١).

٥- صحیحته الثالثة: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى» (٢).

٦- صحیحته الحلبي: عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري» (٣) و وجه الدلالة ذكر القيد فى مقام التحديد.

٧- خبر على بن أسباط عن أبى الحسن الرضا - عليه السلام - قال سمعته يقول:

«الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري» (٤) و وجه الدلالة نفس ما سبق من ذكر دلالة الهيئة على الحصر أولاً و كون القيد فى مقام التحديد ثانياً.

٨- استفاضت الروايات على أنه لو مات الحيوان فى أيام الخيار، يكون الضمان على البائع دون المشتري (٥) هذا من جانب، و من جانب آخر اتفقت كلمتهم على أن كل مبيع قد تلف فى زمن الخيار، فهو ممن لا خيار له، و من ملاحظة الأمرين تحصل صغرى و كبرى بالنحو التالى: الضمان فى زمن الخيار على البائع، و كل من كان الضمان عليه، فهو ممن لا خيار له ينتج: البائع ممن لا خيار له.

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٤)- المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٥)- المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيار.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٧

هذه هى الوجوه التى استدلل بها القائل على اختصاص الخيار بالمشتري.

يلاحظ على الدليل الأول: أنه إن أراد من العموم، مثل: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فقد خرج منه بيع الحيوان حسب مجموع الروايات، فعندئذ سواء أ كان الخيار للمشتري أم للأعم منه و البائع، لا يلزم منه تخصيص زائد، و إنما يتمسك بالعموم فيما إذا دار الأمر بين أصل التخصيص و عدمه أو بين الأقل و الأكثر، و التخصيص فى المقام مسلم، و هو خروج بيع الحيوان، فلا فرق بين أن يكون الخيار لواحد من الطرفين، أو لكليهما.

و نظير ذلك إذا كان المتمسك هو قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»: بيان أن مفاده هو اللزوم بعد الافتراق خرج منه المشتري و بقى البائع تحته، يلاحظ أنه مقيد ببيع غير الحيوان، بقريته قوله فى صحیحته فضيل، حيث قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» (١).

و مثله صحیحته محمد بن مسلم حيث يقول: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان، و فى ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (٢) فإذا

كان لزوم البيع بالافتراق مقيداً ببيع غير الحيوان لا يتفاوت الأمر بين كون الخيار لواحد أو لأكثر كما مرّ. و أما الحجج الباقية فهى بين صريح كرواية على بن رئاب التى لا تقبل التأويل بل أمرها يدور بين الأخذ بها، أو طرحها (إذا تمّ دليل القول الثانى)، أو غير صريح بل دلالتة بالمفهوم الصالح لرفع اليد عنها بدليل أقوى، و لا يمكن القضاء فى الحجج الباقية إلّا بعد دراسة حجة القول الثانى.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٨

حجة القول الثانى:

احتجّ القائل بالأعم، بصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: «المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام فى الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا» (١).

و الدلالة واضحة فهى تثبت الخيار حقاً للبائع و المشتري مطلقاً، سواء بيع حيوان بنقده أو حيوان بحيوان، أو الحنطة بحيوان، ثم إنّ الصحيحه و إن كانت تعارضها رواية ابن رئاب، إلّا أنّها لا تعادل صحيحه محمد بن مسلم لأنّها مروية فى قرب الاسناد و هو من الكتب التى وقف عليها الأصحاب فى العصور الأخيرة، بخلاف الصحيحه فإنّها مروية فى الكتب الأربعة. و أمّا غيرها فبما أنّ دلالتها بالمفهوم فيمكن إخلاء القضية عن المفهوم بالقول بأنّ القيد (المشتري) وارد مورد الغالب، فيؤخذ بإطلاق الصحيحه. يلاحظ على الاستدلال:

أولاً: بأنّ مجموع ما استدل به القائل بالقول الأوّل لا- يقصر فى الاعتبار عن صحيحه محمد بن مسلم، فلو تنازلنا فيجب الحكم بالتعارض و الرجوع إلى الأصول دون الأخذ بالصحيحه.

و ثانياً: أنّ هناك رواية أخرى لمحمد بن مسلم قد جاء فيها مكان «المتبايعين»، لفظ «صاحب الحيوان»، رواها عن أبى عبد الله قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام (٢)، و هى

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١، من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٠٩

نفس الرواية السابقة غير أنّ فيها تقدماً و تأخيراً، ففى الثانية قدّم خيار المجلس و أخر خيار الحيوان، بخلاف الأولى، و فى الوقت نفسه عبّر عن موضوع واحد بلفظين مختلفين (المتبايعان و صاحب الحيوان).

و حيثنذ إن قلنا: إنّهما رواية واحدة عن أبى عبد الله رويت بصورتين مختلفتين فطراً الاضطراب عليها فهذا يصدنا عن الأخذ بالأعم منهما، و هو المتبايعان.

و إن قلنا: إنّهما روايتان مختلفتان، يقع التعارض بينهما، فإنّ الأولى ترى الخيار للبائع و المشتري، و الثانية تراه لصاحب الحيوان بائعاً كان أو مشترياً فيعامل معهما معاملة المتعارضين.

حجة القول الثالث:

قد عرفت أن العلامة جنح إلى ثبوت الحكم في مطلق صاحب الحيوان سواء أ كان مشتريا كما هو واضح أم بائعا كما في بيع الحنطة بالحيوان، بحيث يكون الحيوان ثمنا، و الدليل على ذلك هو ما عرفت من الصحيحة الثانية لمحمد بن مسلم، حيث جعل الموضوع فيه «صاحب الحيوان» لا المشتري. و سيوافيك ما رواه زرارة في هذا الشأن أيضا.

يلاحظ عليه: أنه فير صاحب الحيوان في موثقة ابن فضال مقيدا بالمشتري. روى الحسن بن علي بن فضال، قال: سمعت أبا الحسن علي بن موسى الرضا- عليه السلام- يقول: صاحب الحيوان المشتري بالخيار بثلاثة أيام «١». و مع هذا التقيد كيف يمكن الأخذ بإطلاق الصحيحة، و الموثقة حجة كالصحيحة.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣، من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١١٠

نعم، تخلص الشيخ من هذا الاشكال باحتمال ورود القيد مورد الغالب، لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا. يلاحظ عليه: أنه لو صح هذا الاحتمال لأجل الغلبة لصح تنزيل الاطلاق في صحيحة محمد بن مسلم على الفرد الغالب و هو المشتري، إذ لو كانت الغلبة مصححة للتصرف في القيد لكانت مسوغة للتصرف في الاطلاق فيحتمل المطلق (صاحب الحيوان) على الفرد الغالب (المشتري) فما الفرق بين التصرفين حيث ادعى الشيخ الأنصاري أن الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل القيد عليها، و لا توجب تنزيل الاطلاق.

و مع ذلك كله، فالقول الأول هو الأرجح، و لكنه ينطبق على القول الثالث أيضا، و إليك البيان بذكر أمرين:

الأول: إن مضمون الروايات لا يتجاوز عن ثلاثة:

١- الخيار لخصوص المشتري، و هو الأكثر.

٢- الخيار لصاحب الحيوان، و قد جاء في صحيحة محمد بن مسلم، كما جاء في صحيحة زرارة، و قد روى عن أبي جعفر قال: سمعته يقول: قال رسول الله:

«البيعان بالخيار حتى يتفرقا و صاحب الحيوان ثلاث» «١».

٣- ثبوته للمتبايعين، و قد ورد في رواية محمد بن مسلم، و قد عرفت كيفية الجمع بين الروايات في التقرير السابق، و أن الآخذ بالقول الأول بحمل الاطلاق في صاحب الحيوان بالخيار، على كونه واردا مورد الغالب و هو المشتري، كما أن الآخذ بالقول الثالث بحمل القيد الوارد في حجج القول الأول، على الفرد

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١١١

الغالب، و قد عرفت أنه لا ترجيح لأحد الحملين على الآخر.

و أمّا ما دلّ على ثبوته للمتبايعين، فهو إمّا مضطرب المتن أو معارض برواية أخرى عن نفس محمد بن مسلم، و سيوافيك رفع التعارض بغير هذا الوجه.

الثاني: إن البيع إذا كان متحققا بالنقد فصاحب المتاع بائع و الناقد مشتري، و أمّا إذا كان المتاع في مقابل المتاع فكل واحد بائع من جهة، و مشتري من جهة أخرى، و لا اعتبار ببعض الوجوه الذي يذكره الشيخ في مثل المقام من عد صاحب الحاجة مشتريا، و المقابل بائعا، و الشاهد على ذلك أن الطرف المقابل إذا أراد بيع ما أخذ من صاحب الحاجة يقول: اشتريته بمتاع كذا. كل ذلك يعرب عن اتصاف كل من الطرفين بالبيع و الاشتراء.

إذا عرفت هذين الأمرين، فنقول:

ما ورد من أنه خيار الحيوان للمشتري فهو ناظر إلى ما إذا كانت المعاملة متحققه بالنقد فالخيار للمشتري دون البائع. وما ورد فيه من أن الخيار لصاحب الحيوان فهو ناظر إلى ما إذا كانت المبادله بين الحيوان و متاع آخر، فعندئذ فمن أخذ الحيوان و دفع المتاع الآخر، و إن كان بائعا من جهه، لكّنه مشتر أيضا من جهه أخرى، فكما يصحّ لنا أن نصفه بأنه صاحب الحيوان، يصحّ لنا أن نصفه بأنه مشتري، فيكون العنوانان منطبقين عليه.

و أمّا العنوان الثالث، أعنى: المتبايعين فهو محمول على مبادله حيوان بحيوان، فلكل خيار الحيوان لأنهما متبايعان و أنّهما صاحبا الحيوان كما أنّ كليهما مشتريان أيضا، فلا منافاه بين ثبوت الخيار لخصوص المشتري و ثبوته للمتبايعين.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١٢

و بهذا البيان يمكن الجمع بين الروايات بلا اشكال، و بما أنّ المعاملات فى العصور السابقه خصوصا فى البلاد النائية عن الحضارات، كانت تتحقق بتبديل متاع بمتاع آخر أو من جنسه، فلا بعد فى حمل هذه الروايات على هذا النوع من المعاملات و لا يعد ذلك من الجمع التبرعى.

الموضع الثانى: فى مبدأ خيار الحيوان و منتهاه:

إشارة

المشهور أنّ مبدأ خيار الحيوان هو زمان العقد «صرّح به جماعة و هو ظاهر الباقيين» (١) و حكى الخلاف عن الغنيه، فزعم أنّ مبدأه من حين التفريق. و يمكن استظهار الخلاف من الشيخ و الحلّى حيث قالوا: بأنّ مبدأ خيار الشرط من حين التفريق، قال فى المبسوط: الأولى أن يقال: إنّ معنى خيار الشرط يثبت من حين التفريق لأنّ الخيار يدخل إذا ثبت العقد، و العقد لم يثبت قبل التفريق (٢). و لو صحّ ما ذكره لجرى فى خيار الحيوان أيضا، و التحقيق هو القول الأول، و ذلك بيان مقدمه، و هى أنّك قد عرفت فيما سبق هو أنّ روح النزاع فى عصر الشيخ بين المثبت و المنكر، كان فى امتداد خيار المجلس إلى ثلاثه أيام و عدمه، فالإماميه على الامتداد خلافا لغيرهم حيث قالوا بأنّ الغايه واحده. و على ذلك خيار الحيوان على فرض ثبوته ليس خيارا مستقلا، بل هو نفس خيار المجلس الذى وافق عليه كل الفقهاء سوى الحنفية غير أنّه عند الإماميه فى غير الحيوان مغنيا

(١) - جواهر الكلام، ج ٢٣، ص ٢٨.

(٢) - المبسوط: ٨٥ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١٣

بالتفريق، و فيه إلى ثلاثه أيام، و عند غيرنا للجميع غايه واحده و هو التفريق فى الحيوان و غيره.

و يمكن استظهار ذلك من الروايات و أنّه ليس هنا إلّا خيار واحد لجميع المبيعات و إنّما الاختلاف بين الحيوان و غيره فى منتهى الخيار.

منها: صحيحه محمد بن مسلم حيث اتّخذت المتبايعين موضوعا فى الحيوان و غيره، و فصّلت بين كون المبيع حيوانا و غيره، و قال: المتبايعان بالخيار ثلاثه أيام فى الحيوان، و فى ما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا (١). و ظاهره أنّ الخيار المتحقق فى الحيوان، نفس الخيار المتحقق فى غيره، و إنّما الاختلاف فى الغايه.

و تؤيده أيضا روايه على بن أسباط، عن أبى الحسن الرضا - عليه السلام -، قال:

«سمعتة يقول: الخيار فى الحيوان ثلاثة أيام و فى غير الحيوان أن يفترقا» (٢).

و نظيرها صحيحه فضيل، حيث تقول: قلت له: ما الشرط فى الحيوان؟ قال:

ثلاثة أيام للمشتري. قال: قلت له: ما الشرط فى غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا (٣).

فإن الظاهر من رواية على بن أسباط أن هنا خيارا واحدا فى المبيع غير أنه تختلف غايته حسب اختلاف المبيع، كما أن الظاهر من صحيحه فضيل أن الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام و هو فى غيره ما لم يفترقا، فالمجوعول خيار واحد غير أنه رعايه للحكمه، جعل غايته فى غير الحيوان الافتراق لسرعته تبين حاله و فى الحيوان-

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: الحديث ٨.

(٣)- المصدر نفسه: الحديث ٥، و الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١٤

لحاجته إلى التروى و الامعان- إلى ثلاثة أيام. هذا هو الظاهر من الروايات.

و منه يظهر أنه لا غبار فى الحكم بأن مبداه هو زمان العقد كحكمه فى سائر المبيعات، لأنه فى الحيوان و غيره من جنس واحد تشمله أدلة خيار المجلس، نعم على القول بالتعدد يأتى النزاع فى مبدئه.

فإن قلت: يلزم على ذلك عدم الخيار للبائع بتاتا لا بعنوان خيار المجلس، و لا بعنوان خيار الحيوان فى بيع الحيوان لأن خيار الحيوان هو استمرار لخيار المجلس، و قد قرّر عند المشهور أنه للمشتري دون البائع، فيلزم عليه أن لا يثبت له الخيار أبدا.

قلت: لا- مانع من الالتزام به، إذا وافقه الدليل، فالمتبايعان فى غير الحيوان لهما الخيار ما لم يفترقا، كما لهما الخيار فى بيع الحيوان، حسب العمومات لكن خرج عنه البائع بدليل منفصل.

فان قلت: إن رواية الفضيل ليست فى بيان أصل الخيار، حتى تستنتج منها وحده الخيار، بل هى فى مقام بيان الغايه.

قلت: لا دليل على عدم كونها فى مقام البيان من هذه الجهه أيضا مع أن الإمام حكى فى حديثه قول النبى و هو: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، و من المعلوم أن النبى الأكرم صلى الله عليه و آله و سلم كان فى مقام بيان أصل الخيار مع غايته لما سبق أن خيار المجلس من الأحكام الإسلاميه غير المسبوقة بحكم عرفى.

ثم إنه لو قلنا بتعدد الخيار، و إن هناك خيار مجلس يعم المتبايعين غايته التفرق، و خيارا آخر لصاحب الحيوان غايته ثلاثة أيام، يمكن استظهار قول المشهور أيضا من نفس الروايات و ذلك بوحدته السياق، لا من ملاحظه روايه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١٥

حاكيه عن أن مبدأ الخيارين هو العقد، فلاحظ قوله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الخيار بالحيوان ثلاثة أيام (١).

و إن شئت قلت: إن الخيارين مترتبان على العنوانين: البيعان، و صاحب الحيوان، و بما أنهما يتحققان بنفس العقد، لازمه أنه يتحقق الخيار بتحققهما، لأن المفروض أن كل واحد تمام الموضوع للحكم. هذا كله حول قول المشهور.

ثم إنه استدلل على القول الآخر بوجوه مختلفه نشير إليها:

١- وجود المانع العقلى عن كون مبدأ الخيار هو العقد و ذلك لأن العقد المتزلزل بخيار المجلس لا يقبل التزلزل من جانب خيار الحيوان، إذ هو تحصيل للحاصل، و إن شئت قلت: إن البيع جائز بسبب خيار المجلس فلا- وجه للحكم بجوازه أيضا لكونه لغوا، و بعبارة ثالثة: إن الخيار شىء واحد فلا يصح توارد سببين تأمين عليه.

يلاحظ عليه: أن هذه الوجوه الثلاثة مردودة بوجهين اجمالاً و تفصيلاً:

أما الاجمال، فإنها من باب خلط الأمور الاعتبارية بالحقائق الخارجية، فإن هذه التعليقات تتمشى في الحقائق، دون المسائل الاعتبارية. و أما تفصيلاً، فعن الأول: بأن معنى قوله: «العقد المترزل لأجل خيار المجلس لا يصح توصيفه بالتزلزل لأجل خيار آخر»، إنه لا يصح اجتماع خيارين في عقد واحد و هو منقوض باجتماع خيار العيب و الغبن في عقد واحد. أضف إلى ذلك: أنه لا مانع من اجتماعهما لترتب الأثر عليهما باسقاط واحد و ابقاء الآخر، فربما يسقط خيار الغبن في العقد و يبقى خيار العيب، و ما يظهر من عبارته من

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١١٦

امتناع تزلزل المترزل أشبه باجراء حكم التكوين إلى التشريع.

و أما عن الثاني: فلأن عدم جواز الحكم بالجوازين على عقد، إنما هو إذا اتحدت الجهة فعقد الهبة لا يكون جائزاً بجوازين، و أما إذا اختلفت الجهة فلا مانع، فيجوز أن يكون عقد البيع جائزاً لأجل خيار المجلس و جائزاً أيضاً لأجل خيار الحيوان. و أما عن الثالث: أعني امتناع توارد سببين على مؤثر واحد، فإنما هو من خصائص التكوين لا التشريع، فإن الأسباب الشرعية ليست مؤثرات و موجدات بل موضوعات، فلا مانع من أن يكون البيعان موضوعاً للخيار لأجل التروى في مجلس العقد مطلقاً حيواناً كان أو غير حيوان، و أن يكون عنوان الحيوان سبباً آخر لخيار ثلاثة أيام لحاجة المشتري إلى التروى المستمر. فالاختلاف في الموضوع صار سبباً لاعتبار خيارين.

هذا كله حول المانع العقلي.

٢- و أما المانع الشرعي فهو عبارة عن الأصول العملية كأصالة عدم حدوث خيار الحيوان حين التفريق، أو أصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد.

يلاحظ عليه: أن الأصلين مثبتان، فإن المطلوب اثبات أن مبدأ خيار الحيوان هو العقد، و هذا أثر عقلي للأصلين كما هو واضح.

ثم إنه ربما يؤيد خلاف المشهور بما دل على أن تلف الحيوان في الثلاثة من البائع «١» مع أن التلف في الخيار المشترك من المشتري.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١١٧

يلاحظ عليه: أن هذا يمكن أن يكون دليلاً على عدم تعدد الخيار، و أن هنا خياراً واحداً غاية التفريق في غير الحيوان، و انقضاء ثلاثة أيام فيه، مع اختصاصه بالمشتري، و التلف في هذه المدة من البائع لكونه ممن لا خيار له، و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا بتعدد الخيار، فنقول: إن الاطلاق وارد مورد الغالب، فإن التلف قلماً يتفق في مجلس البيع، و إنما يتحقق بعده. فلأجل ذلك قالوا: بأن التلف في الثلاثة من البائع، لأن التلف يتفق عند انقضاء خيار البائع بالتفريق، و بقاء خيار المشتري إلى ثلاثة أيام، و إلا فلو تلف قبل التفريق فيحكم عليه بحكم الخيار المشترك.

هذا كله في بيع المالك، و أما عقد الفضولي و بيع السلم، فنقول: أما الأول فإن قلنا: إن الاجازة ناقلة فلا شك أن مبدأ الخيار هو زمن صدور الاجازة، و أما إذا قلنا بكونها كاشفة فلها احتمالات:

١- الكشف الحقيقي: بمعنى حصول الملكية للمشتري بمجرد عقد الفضولي، و إن لم يكن هناك رضا المالك و لكنّها كانت غير معلومة، كشفت عنها الاجازة، و على ذلك فلا تأثير للاجازة في حصولها، بل لها تأثير في حصول العلم بها، و هذا الاحتمال باطل

لظهور الأدلة فى تأثير الرضا فى النقل و الانتقال لا فى ظهورهما.

٢- الكشف الحقيقى: بمعنى أن الاجازة فى زمن صدورهما تحدث ملكية للمشتري فيما سبق كما أن عقد المالك يحدث له ملكية فيما يأتى، و لما كانت الملكية أمرا اعتباريا يصح جعلها و اعتبارها فى السابق و اللاحق، و لا تتوقف صحته الاعتبار على شىء سوى ترتب الأثر، و تصوّر استلزامه أن يكون شىء واحد ملكا

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١٨

لشخصين فى زمان واحد، مدفوع بأنه لا مانع منه، لاختلاف زمان الاعتبار، و إن كان زمان المعتبر واحدا، و لا يضر ذلك إذا اختلف زمان الاعتبار، فلو باع الفضولى يوم السبت و أجاز المالك يوم الأحد فالمجيز كان مالكا فى يوم السبت قبل صدور الاجازة، و بعد اجازته يتغير الاعتبار و يفرض كون المشتري مالكا فيه.

هذا غاية التوجيه للكشف الحقيقى بهذا المعنى، و قد كان سيدنا الأستاذ الحجّة الكوه كمرى- قدس الله سره- «١» يستقر به فى تفسير الروايات الدالة على الكشف و لكّنه فرض بعيد عن الأذهان العرفية، فلا يصح تنزيل ما دلّ على الكشف على هذا الفرض.

فلمّا بطل الفرضان تعين الكشف الحكى و هو ترتيب آثار الملكية للمشتري لا- فرضه مالكا، و إنّما يكون مالكا من زمان صدور الاجازة، فيتعلّق خيار الحيوان بهذا الظرف، لما تضافرت الروايات على أن خيار الحيوان لصاحبه و هو ليس صاحبا إلّا من هذا الزمان. أمّا بيع الحيوان سلفا، فلو قلنا بتعلّق خيار الحيوان بالكلية كتعلّقه بالجزئى، يكون مبدؤه هو العقد كسائر العقود، و لو قلنا بعدم تعلّقه بالكلية، فلا مناص من تصويره فيما إذا كان الحيوان ثمنا كما إذا باع طعاما سلفا بحيوان نقدا، و قد عرفت أن الخيار لصاحب الحيوان من غير فرق بين كونه بائعا أو مشتريا، أضف إليه أنه مشتر بعنوان آخر، فلا- ينافى القول بثبوت الخيار هنا له، القول باختصاصه بالمشتري كما مر.

(١)- الفقيه الحفيظ و قد حضرنا بحثه أزيد من ثلاث سنوات، كان- قدس سره- آية فى الذكاء و الحفظ و التتبع. توفى- رحمه الله- فى جمادى الآخرة من شهور عام ١٣٧٢ و دفن فى مقبرته الواقعة فى المدرسة الحجّية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١١٩

فى دخول الليالى:

إنّ للأيام فى القرآن و العرف اطلاقات نشير إليها:

١- قد تطلق الأيام و يراد منها الدورات التكوينية السائدة على الموجود، كما فى قوله سبحانه: **اللّٰهُ الَّذِي خَلَقَ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَ الْأَرْضَ** فى **سِتَّةِ أَيَّامٍ** (السجدة/ ٤)، فلو قلنا: إنّ المراد مجموع السماوات و الأرض سواء كانت تحت المجرة أم فوقها، و بعبارة أخرى: العوالم الكونية مطلقا، فلا مناص من تفسير الآية بالدورات التدريجية التى مضت عليها، و صارت سببا لاستكمالها من النقص إلى الكمال، نعم لو قلنا: إنّ المراد هو السماء المحسوس، فلا مانع من تصوير أيام لها باعتبار أيام سائر المنظومات، و عندئذ يكون اليوم بمعناه اللغوى.

٢- و قد تطلق الأيام و يراد منها الفصول الأربعة، قال سبحانه: **وَ قَدَّرَ فِيهَا أَقْوَاتَهَا فِي أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ سَوَاءً لِلنَّاسِ لِيُنْزِلَ فِيهَا** (فصلت/ ١٠).

٣- و قد تطلق الأيام و يراد منها ما يقابل الليالى. قال سبحانه: **سَخَّرَهَا عَلَيْهِمْ سَبْعَ لَيَالٍ وَ ثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ حُسُومًا** (الحاقة/ ٧).

٤- و قد تطلق الأيام و يراد منها بياض الأيام مع لياليها، قال سبحانه خطابا لذكريا: **آيَتِكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْرًا** (آل عمران/

٤١)، فإنّ المراد امسك لسانه عن الكلام فى الأيام و الليالى إلّا إيماء من غير آفة حدثت فيه.

و قال سبحانه حاكيا عن صالح: **فَعَقَرُوهَا فَقَالَ تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ذِكْكُمْ وَ عُدُّوا عَذَابَ مَكْدُوبٍ** (هود/ ٦٥).

و ليس ذلك الاستعمال بعزيز بل ترى نظيره فى الروايات مثل قوله: «أقلّ

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٠

الحيض ثلاثة أيام و أكثره عشرة أيام «١» و قوله: «إذا دخلت بلدا و أنت تريد المقام عشرة أيام فأتى الصلاة» «٢» و لا شك أن المراد هو الأيام مع لياليها.

و على ذلك فالظاهر أن المراد من الأيام فى روايات الباب هى مع لياليها، و تؤيد ذلك حكمه جعل الخيار فأنها لإمهال المشتري كما فى صحيحه على بن رثاب: «الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة» «٣» أى مهلة حتى يختبر، و عند ذلك يكون المراد من قوله: «فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء» مضيها بلياليها معا.

إذا عرفت ذلك فلنذكر أحكام الصور المتصورة موضوعا و حكما:

١- لا- شك فى دخول الليلتين المتوسطتين، إذ لولاها يلزم انقطاع الخيار فى الليالى و حدوثه فى الأيام و هو كما ترى. إنما الكلام فى كيفية الدخول، فذهب الشيخ الأنصارى إلى أن دخولهما تبعي لحفظ الاستمرار، و على ما ذكرنا دخولهما حقيقى و موضوعى لأنه أريد من الأيام- و لو مجازا- الأيام و لياليها و ذلك أمر متعارف، و هناك فرق بين قولنا للمشتري: الخيار من حين العقد إلى مضي ثلاثة أيام، و قولنا: له الخيار ثلاثة أيام، أو أن الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام، فيراد من التعبير الأول بياض يوم، و يكون دخول الليالى حكما و تبعا، بخلاف التعبير الثانى فإنه ظاهر فى دخول الليالى فى مفهوم الأيام و أن لها موضوعية كموضوعيتها.

٢- لو عقد فى أول النهار، فعلى ما ذكره الشيخ من أن دخول الليلتين

(١)- لاحظ الوسائل: ج ٢، الباب ١٠، من أبواب الحيض.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب صلاة المسافر، الحديث ١٧.

(٣)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢١

المتوسطتين دخول حكيمى دخلنا لحفظ الاستمرار حتى ينقضى الخيار إلى آخر اليوم الثالث، لا تدخل الليلة الثالثة لعدم الحاجة إلى الاستمرار، و على ما اخترناه ينقضى بانتهاء الليلة الثالثة.

٣- إذا عقد فى أثناء الليل أو النهار، فالظاهر من الشيخ التلفيق بأى نحو اتفق، بقى من اليوم شيئا يسيرا أو كثيرا، و مثله الليل، و ذلك هو الأقوى لأن المقياس هو مضى زمان يعادل ثلاثة أيام مع لياليها حتى يقف المشتري على معايب الحيوان، و هذا لا يتفاوت فيه كون مبدؤه أول النهار أو وسطه.

غير أن السيد الطباطبائى ذكر للمسألة صورا ثلاث، و قال: و لو كان فى أثناء النهار فإن كان ما مضى منه قليلا، بحيث يصدق اليوم الكامل على بقية فيحسب ذلك اليوم يوما واحدا، كما إذا كان فى آخر النهار بحيث لم يبق منه إلا يسير لا يعتنى به فيلغى بالمرّة، و لا بد من مضى ثلاثة أيام تامة غيره، و إن كان فى الأثناء و لم يكن الماضى أو الباقي ملحقا بالعدم، فاللازم بمقتضى القاعدة الغاء ذلك اليوم، و مضى ثلاثة أيام آخر، و ذلك لأن التلفيق من اليوم الرابع فرع إرادة مقدار بياض يوم، مع أن ظاهر اللفظ إرادة نفس اليوم لا مقداره «١».

يلاحظ عليه: أن ما ذكره بعيد من ذوقه و فقاوته، لأن المعاملات أمور عرفية و التروى ثلاثة أيام إمهال للمشتري لينظر فيما اشترى، و القول بأن المراد هو اليوم الكامل لا مقداره، يناسب العبادات التى تطلب لنفسها الجمود لا المعاملات التى تطلب السهولة و اليسر.

٤- لو عقد بعد مضى مقدار من الليل فعلى ما ذكرنا لا ينقضى إلا بعد مضى هذا المقدار من الليلة الرابعة، و قال الشيخ بانقضاء الخيار بانتهاء اليوم

(١) - تعليقه السيد الطباطبائي: ١٨ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٢

الثالث، و احتمال بعضهم ورود النقص على اليوم الثالث بمقدار ما استغرق من الليلة الأولى و هو فاسد، لأنه يستلزم إرادة مقدار اليوم من النصوص أى الساعات (٣٦ ساعة مثلا) و عليه يكفى يوم و ليلتين أو يومان و ليلة واحدة و هو فاسد.

الموضع الثالث: فى مسقطاته:

إشارة

يسقط خيار الحيوان كخيار المجلس بأمر نشير إليها:

١- اشتراط سقوطه فى ضمن العقد

، أو فى ضمن عقد سابق، أو عقد لاحق و تصوّر كونه اسقاطا لما لم يجب قد عرفت جوابه، و له اسقاط بعضه دون بعض، من غير فرق بين أن يكون الساقط أوله أو وسطه أو آخره، و هو و إن كان حقا واحدا، إلا أنه يتقسّم حسب الأيام بل الساعات، و ما أفاده المحقق الخراسانى فى تعليقه من الاشكال على اسقاط اليوم الثانى فقط من أن ثبوته بعد اسقاط اليوم الوسط، إما اعادة للمعدوم أو تحقّق بلا سبب «١»، غير تام، لأن اسقاطه لو كان فى ضمن العقد يرجع معناه إلى تقليل مدّة الخيار من أوّل الأمر، و تخصيصه بالأوّل و الثالث، و هذا كما لو كان الخيار المجعول من جانب الشارع فى الحيوان بهذا النحو.

و إن كان اسقاطه بعد العقد، لبعض الأجزاء فهو اسقاط لبعضه مع الصيانة على الباقي، فلا يلزم فى الصورتين اعادة للمعدوم، أو تحقّق أمر بلا سبب، و هذا كما يجوز فى المال أن يباع بعضه دون بعض فهكذا يجوز للحق اسقاط بعضه دون بعض.

(١) - تعليقه المحقق الخراسانى على المتاجر و الخيارات / ٩٤ - ٩٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٣

٢- اسقاطه بعد العقد

، بقوله: التزمت بالعقد.

٣- سقوطه بكل فعل دال على التزامه بالعقد

«١»، و كراهته للفسخ و إن لم يستلزم تصرفا فى المبيع، كما لو اشترى جارية، و اشترى لها فى أيام الخيار ما يناسبها من الألبسة و الأحذية و أدوات الزينة، أو عرضها للبيع من دون أن يتصرّف فيها و لكن عدّ العمل عرفا إنشاء فعليا للالتزام بالبيع و إسقاط للحق، إذ لا فرق فيه بين القول و الفعل، فالإنشاء الفعلى كالإنشاء القولى و قد ورد فى خيار الشرط ما يشهد لذلك «٢».

٤- التصرف

و كونه مسقطا فى الجملة ممّا لا كلام فيه، إنما الكلام فى خصوصياته فقد اضطرت كلماتهم كاضطراب النصوص فى نظرهم، و قد أنهى السيد الطباطبائي الأقوال فى المسألة إلى سبعة من كون المسقط هو التصرف بقصد الاسقاط، أو الكاشف عن الرضا بالالتزام

كشفاً طريقتياً، أو كشفاً موضوعياً «٣»، أو مطلق التصرف إلماً ما كان للاختبار، أو ما كان منقّصاً للقيمة، أو يكون له أجره، أو ما كان موجبا لتغير العين كأخذ حافر الدابة أو انعالها، أو التصرف فى البيع بما أنه مملوك له «٤». والمهم دراسة الروايات و عرض الأقوال عليها. و الروايات على قسمين: ألف: ما يتبادر فى بادئ النظر أن التصرف مسقط بلا قيد و شرط. ب- ما يظهر منه كون المغير منه مسقطاً.

(١)- و قد سقط هذا القسم من المسقطات من قلم الشيخ الأعظم فاكتفى بالأقسام الثلاثة.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣)- تظهر الثمرة فيما لو علم عدم إرادته الالتزام فلا يسقط على الطريقيه دون الموضوعية.

(٤)- تعليقه السيد الطباطبائي: ٢ / ٢١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٤

أما الأول:

فتدل عليه: صحيحنا على بن رثاب عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشتري، اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة الأيام، فذلك رضا منه فلا شرط. قيل له: وما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم «١» عليه قبل الشراء «٢». ابتداء الإمام بخيار الحيوان، و جعل الموضوع لسقوط الخيار «أحداث الحدث» من جانب المشتري لكنه عند ما أراد التمثيل به، مثل بالأحداث الواردة على الأمة، لا على الحيوان بالمعنى العرفى. و عنه أيضاً: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى - إلى أن قال: - قلت له: أ رأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزمته «٣».

و تختلف الرواية عما تقدمها فى أن السؤال من أول الأمر عن الجارية، و تشترك معها أنه جعل للمس و النظر مسقطين، و فهم العلماء منهما أن مطلق التصرف هو المسقط سواء كان مغيراً أم لا، منقّصاً للقيمة أم لا، تصرف بنية الاسقاط أم لا، كاشفاً عن الالتزام أم لا.

و أما الثانى:

فعدّ روايات:

١- مكاتبة الصفار قال: كتبت إلى أبي محمد - عليه السلام - فى الرجل اشترى من

(١)- خرج التصرف حال السهو و الغافله أو بقصد الاختبار.

(٢)- الوسائل: ج ١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

(٣)- الوسائل: ج ١٢ الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٥

رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر، أو أنعالها، أو ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها فى الثلاثة الأيام التى له فيها الخيار بعد

الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فراسخ؟ فوقع - عليه السلام -: إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إن شاء الله «١».

و الموضوع لسقوط الخيار هو احداث الحدث، و لكن الراوى خصّه بالأمر الطارئ عليها من أخذ الحافر و انعالها، و لم يركوب فراسخ من مصاديقه، بشهادة أنه عطف «ركب» على «أحدث» الحاكي عن المباينة و أقره الإمام عليه، بشهادة أنه جعل الموضوع احداث الحدث، و قال: «إذا أحدث فيها حدثا...»

و لم يذكر الركوب، و عليه، المسقط هو الطارئ المغير لا مطلق التصرف مثل الركوب عدّه فراسخ فضلا عن سقى الدابة و تعليفها، أو ركوب الدابة للاختبار، أو للذهاب إلى البيت القريب من محل الشراء.

٢- خبر الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام -: فى رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها؟ فقال: «إن كان فى تلك الثلاثة أيام يشرب لبنها ردّها معها ثلاثة أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» «٢» و الرواية محمولة على الرد فى الساعات الأخيرة للثلاثة الأيام بحيث يصدق عليه أنه أمسكها ثلاثة أيام، كما يحمل ردّ الامداد، على الاستحباب لأنّ النماء للمشتري، التزم بالبيع أم لا. و وجه الاستدلال أنه لو كان مطلق التصرف مسقطا، لسقط الخيار لأنّ المفروض حلبها و شرب لبنها، فإذا لم يكن مثل ذلك مسقطا، فسقى الدابة

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١٣، من أبواب الخيار الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٦

و تعليفها و استخدام الأمة لبعض الأمور، لا تكون مسقطه بطريق أولى.

٣- ما رواه الصدوق فى معانى الأخبار عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فى الغنم المصراة و قال:

«من اشترى محفلة فليردّها معها صاعا، و سميت محفلة لأنّ اللبن جعل فى ضرعها و اجتمع، و كل شيء كثرته قد حفلته» «١».

٤- صحیحة عبد الله بن سنان قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري» «٢» فلو كان مطلق التصرف مسقطا كالسقى و التعليف و الحلب، أو الركوب لزم حمل تلك الروايات التى تجعل الضمان على عاتق البائع، على الصورة النادرة، إذ قلما يتفق أن تنفك الدابة عن هذه التصرفات، بخلاف ما إذا قلنا بأنّ المتيقن من هذه الروايات، هو التصرفات المغيرة أو المنقصة لا مطلقها، فلا يلزم المحذور لعدم ندرته.

الجمع بين الروايات:

و أما الجمع بين الطائفتين فالمهم هو تفسير ما هو الموضوع لثبوت الخيار، أعنى: ما أحدث فيه حدثا فإنه مفتاح الجمع فنقول: إنّ المتبادر من هذه الكلمة هو التصرفات المغيرة، و ذلك، مضافا إلى دلالة مكاتبه الصفار على هذا المعنى، إنه ورد ذلك العنوان فى غير واحد من أبواب الفقه و أريد منها طروء التغير، و إليك البيان:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٣، من أبواب الخيار الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٧

١- ورودها فى باب خيار العيب، روى زرارة عن أبى جعفر- عليه السلام- قال:

«أئما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه، و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء، أنه يمضى عليه البيع و يرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» «١» فالموضوع كما ترى هو احداث الحدث و قد فسر بعض الروايات بقطع الثوب أو خياطته أو صبغه «٢».

٢- قد فسرت أحداث السنة فى المبيع بالمغيرات، روى أبو همام قال:

سمعت الرضا يقول: يرد المملوك فى أحداث السنة من الجنون و الجذام و البرص ...

٣- وردت هذه الكلمة، فى إيجار ما استأجره بأنه لا يجوز إلا أن يحدث فيه حدثاً، فعن سليمان بن خالد عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «إنى لأكره أن أستأجر الرحى و حدها ثم أؤجرها بأكثر مما استأجرتها إلا أن أحدث فيها حدثاً أو أغرم فيها غرماً» «٣».

كل ذلك يعرب عن أن المراد من احداث الحدث، احداث عمل فى المبيع على ما سبق.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا كان التصرف المسقط منحصر فى المغير، يبقى هناك سؤال و هو أن الإمام عدّ لمس الأمة و تقيلها أو النظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء من المسقطات، و من المعلوم أن هذه الأمور ليست تصرفاً مغيراً.

و الجواب: أن ما جاء فيها مختص بباب خيار الحيوان، و لا يتعدى عنه إلى غيره مثل خيار العيب، فلأجل ذلك جعلوا المسقط هناك الوطاء، و تضافرت

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣ و ٤.

(٢)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و ٣ و ٤.

(٣)- المصدر نفسه ج ١٣ الباب ٢٠ من أبواب الاجارة، الحديث ١، و لاحظ الباب ٢٢ منها.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٨

الروايات «١» فى كونه مسقطاً، و لو كان النظر و اللمس مسقطاً، يلزم عدم استناد السقوط فى مورد، إلى الوطاء لكونه مسوقاً بهما.

أضف إلى ذلك ما رواه داود بن فرقد من جواز ردّ الأمة بعد ستّة أشهر إذا لم تحض «٢»، و من البعيد أن لا يتصرف فيها المشتري باللمس و النظر إلى ما يحرم عليه.

و الحاصل: أن الأمة مستثناءة عن الضابطة الكلية فى هذا الباب فالتلذذ الجنسى منها مسقط للخيار فهو فيها قائم مقام التصرف المغير فى سائر أنواع الحيوان.

و الذى صار سبباً لاضطراب كلمات الأصحاب، هو عدّ هذه الأمثلة الواردة فى مورد الأمة من مسقطات الخيار فيها، فاتخذوها مقياساً لكل مورد، و حكموا بمسقطية كل التصرفات إلا ما يستثنى من الأمور الجزئية أو الاختبارية.

و أما إذا قلنا بأن هذه الأمثلة وردت فى الأمة، و لها خصوصية بين سائر الحيوانات، فلا يصح لنا انتزاع ضابطة كلية فى جميع أنواع الحيوان، فلمسها أو تقيلها أو النظر إلى ما يحرم، أقيم فى الشرع مقام التصرف المغير فى غيرها لأنها انسان لها قيمتها الخاصة، و هذه الأمور تنقص من قيمتها، أو مكانتها فى الاجتماع، و بذلك تقدر على جمع الروايات و القضاء بين كلمات الأصحاب.

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٣، من أبواب أحكام العيوب.

(٢)- المصدر نفسه: الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٢٩

ثم إنه إذا كان التصرف المغير مسقطا فهل هو مسقط مطلقا، سواء كان المتصرف عالما بالموضوع (أن هذا الفرس مثلا هو المبيع الذى اشتراه أمس) أو جاهلا- به و تصور أنه هو ماله الذى تملكه قبل شهور، و سواء كان عالما بالحكم و أنه ذو خيار أو أن خياره يسقط بالتصرف أم لا؟

أو أن المسقط هو التصرف الصادر من الملتفت إلى الموضوع و الحكم، فلا- يسقط إذا كان جاهلا- بالموضوع أو الحكم، ظاهر الروايات هو الأول، و إن التصرف و أحداث الحدث كاف فى ثبوت الخيار مطلقا، و لو خصصناه بالملتفت، يلزم حمل المطلقات على المواضع القليلة أو النادرة، فإن الجهل فى الأحكام سائد على الناس خصوصا الجهل بخصوصيات المسقط. و على ما اخترنا، يكون مطلق التصرف المغير مسقطا و ينطبق المختار على القول السادس من الأقوال السبعة التى نقلها السيد الطباطبائى كما لا يخفى.

تفسير قوله: «فذلك رضا منه فلا شرط»:

قد ورد فى صحيحة على بن رثاب عند تحديد المسقط، قوله- عليه السلام:- «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام، فذلك رضا منه، فلا شرط».

و هنا ثلاث جمل:

١- الجملة الشرطية: «فإن أحدث فيما اشترى حدثا».

٢- الجملة الجزائية: «فذلك رضا منه».

٣- الجملة التالية: «فلا شرط».

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣٠

و قد ذكر الشيخ الأعظم فيها وجوها أربعة، و إن كانت الاحتمالات فيها أزيد من أربعة، و قد تبه عليها السيد الطباطبائى فى تعليقه و نحن نذكر ما ذكره الشيخ بإيضاح:

١- إن قوله: «فذلك رضا منه» جملة إنشائية جزائية، بمعنى أن إحداث الحدث فى الحيوان بمنزلة الرضا تعبدا، سواء أ كان فى الواقع التزام بالبيع أم لا، و ال (فاء) فيه فاء جزاء، و الجملة جزاء للشرط، و قد عطف عليه قوله:

«فلا شرط» و المعنى: إن أحدث المشتري فى الحيوان حدثا فهذا محكوم فى الشرع بالالتزام بالبيع و بالرضا تعبدا و لا خيار له عندئذ.

٢- إن قوله: «فذلك رضا منه...» جملة إنشائية تعليلية و ال (فاء) المصدر بها فاء تعليل للجزاء الوارد بعده أعنى «فلا شرط» جىء به لبيان علمه الجزاء، و للتوطئة و التمهيد حتى يقع الجزاء موردا للقبول. و المعنى: إن أحدث المشتري فى الحيوان حدثا- فلأجل أنه رضا تعبدى و محكوم فى الشرع بالالتزام- فلا شرط و لا خيار.

و على هذين الاحتمالين يكون كل تصرف مسقطا للخيار، لأن الشارع يتلقاه من المشتري التزاما بالبيع و رضا منه به، سواء أ كان التصرف كاشفا عن الرضا النوعى أو الفعلى أم لا.

و لا يخفى بعد الاحتمالين، لأن التعليلات الشرعية أو ما فى منزلتها، تجب أن تكون أمورا حسية يفهمها الناس، أو أمورا فطرية يدركها المكلفون بفطرتهم و وجدانهم، حتى التعليل الوارد فى الاستصحاب من قوله: فى الصحيحة الأولى لزرارة «و لا ينقض اليقين بالشك أبدا...» و عليه يجب أن يعلل سقوط الخيار بالتصرف بشىء محسوس أو مفطور، و كون التصرف رضا تعبدى و إن لم يكن هناك رضا فعلى و لا نوعى، لا يصلح للتعليل إذ هو أشبه بتعليل أمر تعبدى، بأمر مثله.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣١

٣- أن تكون الجملة إخبارية من دون اعمال تعبد فيه و علة للجزاء، أعنى:

«فلا- شرط» و المراد من الرضا هو الرضا النوعي، بمعنى أن التصرف كاشف عن الرضا غالبا و نوعا، و في الوقت نفسه تعليل للجزاء الوارد بعده، أعنى: «فلا- شرط» و معنى الجملة أن التصرف - بما أنه يكشف عن الرضا غالبا و نوعا- و إن لم يعلم الحال في المقام- يسقط خياره و لا شرط، و على ذلك يدور الحكم مدار ما يكشف عن الرضا غالبا، لا عن الرضا الشخصي الفعلي، و هو بما أنه علة للحكم يكون مخصصا و معمما.

أما الأول: فلو دلت القرائن على أن التصرف لأجل الاختبار أو صدر اشتباها بعين مملوكة، فلا يكون مسقطا لعدم دلالة مع القرينة- على الاختبار أو الاشتباه- على الرضا فتخرج عن الضابطة.

و أمّا الثاني: فكما أنه لو صدر منه فعل- و إن لم يكن تصرفا في المبيع- كاشف عن وجود الرضا غالبا يسقط خياره و إن لم يكن تصرفا، كالتعريض للبيع أو اشتراء اللباس و الحذاء للأمة أو غير ذلك مما يدل نوعه على الرضا.

٤- تلك الصورة بعامة خصوصياتها، و لكن المناط كشف التصرف عن الرضا الفعلي سواء كان مثله كاشفا عن الرضا نوعا و غالبا أم لا، فالمناط هو ظهور رضاه الفعلي.

و لما كان المسقط عند الشيخ مطلق التصرف إلا ما خرج من التصرفات الجزئية، و قد فسر الحدث به، التجأ إلى هذه الاحتمالات، و بما أنك عرفت أن المسقط هو التصرف المغير، و أن احراز الرضا الشخصي أمر مشكل و صعب، فلا يكون مناطا للحكم، فيتعين المعنى الثالث فيكون كل تصرف مغير، مسقطا من غير فرق بين كونه علة أو حكمة للحكم.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٣٢

أما الأولى: فلأن كل تصرف مغير يكشف عن الرضا نوعا و لا يتخلف عنه، فليست العلة أوسع من المعلول، و لا بالعكس.

و أما إذا جعل حكمه فالأمر أوضح إذ لا يدور الحكم مدارها، بل الملاك هو التصرف المغير و اطلاقه، كان هناك ما يكشف عن الرضا النوعي أم لا.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٣٣

الفصل الرابع خيار الشرط

إشارة

دليله.

مبدأ خيار الشرط.

جعل الخيار للأجنبي.

اشتراط الاستيمار.

بيع الخيار، صورته و أحكامه:

أ- صور المسألة.

ب- نصوص المسألة و أدلتها.

ج- أقسام رد الثمن.

د- في كيفية الفسخ.

ه- مسقطات هذا الخيار.

و- سقوطه بالتصرف.

ز- فى نماء المبيع و حكم تلف العوضين.

ح- فى الرد على المالك و وكيله و الولي.

ط- فى أقسام رد الثمن و حكمها.

ى- فى جواز اشتراط الفسخ للمشتري.

ك- فى جريان شرط الخيار فى العقود و الايقاعات.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣٥

خيار الشرط «١»

[تعريف خيار الشرط]

و المراد منه: الخيار الثابت، بسبب اشتراطه فى العقد، فإنّ الخيار تارة يكون أثر نفس العقد شرعا كخيار المجلس و الحيوان، و أخرى يفرض على العقد من جانب المتبايعين، أو أحدهما، كما هو الحال فى خيار الشرط، و يكفى فى صحته ذلك اطلاق العقلاء عليه فى معاملاتهم مع عدم ردع من الشارع، و هذا كاف فى اثبات الصحة، قال الشيخ فى عداد أقسام بيع الخيار «٢»: الثالث: أن يشترط فى حال العقد مدّة معلومة، يكون لهما فيها الخيار ما شاء من الزمان، ثلاثا أو شهرا أو أكثر، فإنه ينعقد العقد، و يكون لهما الخيار فى تلك المدّة، إلّا أن يوجبه بعد ذلك على أنفسهما.

و قال أبو حنيفة: لا تتجاوز المدّة عن ثلاث، و عند مالك: ما تدعو الحاجة إليه «٣».

(١)- و هو غير خيار تخلف الشرط الذى لم يبحث عنه الشيخ الأعظم هنا و إن بحث عن الشروط و أحكامها بعد انتهاء البحث عن أقسام الخيارات و استغنى به عن البحث هنا.

(٢)- المراد منه كل بيع يثبت فيه الخيار فيعزم خيار المجلس كما هو صريح كلامه.

(٣)- الخلاف: ٩ / ٣ المسألة ٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣٦

و قال المحقق: إن خيار الشرط بحسب ما يشترطه أو أحدهما، و قال فى الجواهر فى تفسيره: لا يتقدّر بمدّة مخصوصة خلافا للشافعى و أبى حنيفة.

فقد استدل عليه بالأخبار العامة المسوغة لاشتراط كل شرط إلّا ما خالف كتاب الله و سنّه رسوله «١»، كما استدل بالأخبار الخاصة الواردة فى بعض أفراد المسألة:

١- روى عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله - عليه السلام - فى حديث قال: و إن كان بينهما شرط أياما معدودة، فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع «٢».

٢- روى السكونى عن أبى عبد الله - عليه السلام -: أن أمير المؤمنين - عليه السلام - قضى فى رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار، فعرض له ربح فأراد بيعه، قال: ليشهد أنه قد رضيه فاستوجهه، ثم لبيعه إن شاء، فإن أقامه فى السوق و لم يبع فقد وجب عليه «٣».

و فى الرواية دلالة أيضا على ما مضى من أن كلّ فعل حاك عن الرضا و الالتزام بالبيع، مسقط للخيار و إن لم يكن تصرفا فى المبيع.

٣- و تدل عليه الأخبار الواردة فى فسخ البيع برد الثمن، و سيوافيك فى محله.

كل ذلك يعرب عن أنّ جعل الخيار بالشرط مطابق للقاعدة.

(١)- لاحظ: الوسائل: ج ١٢ الباب ٦، من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و أورده أيضا فى الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و قد جاء فى صدره خيار الحيوان.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣٧

ثم إن صاحب المستند زعم أنه مخالف للكتاب و السنة، أما الكتاب، فقوله سبحانه: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** فَإِنَّ الخيار بمعنى عدم وجوب الوفاء فى المدّة المضروبة، يصاد مفاد الآية. و أما السنة فقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «فإذا افترقا وجب البيع» فَإِنَّ جعل الخيار بمعنى عدم لزومه بعد الافتراق ما دامت المدّة غير منقضية، و أين هو من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «فإذا افترقا وجب البيع» ثم إنه التجأ فى التصحيح إلى الطائفة الثانية من الروايات و جعلها مخصّصة للطائفة الأولى «١».

يلاحظ عليه: أنّ معنى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**: أوفوا بالعقد الذى عقدتم و بالانشاء الذى أنشأتم، فإن كان لازما فلازم، و إن كان جائزا فجائز، فلا يستفاد منه شىء فوق ما تراضى عليه المتعاقدان، فإذا تراضيا على البيع مع الخيار عشرة أيام، وجب الوفاء بهذا المنشأ على ما هو عليه. و أمّا النبوى فمعناه: أنّ الافتراق بما هو ملزم، و لكنّه لا ينافى أن يكون هناك طارئ آخر موجب لكون البيع جائزا كخيارى العيب و الغبن، خصوصا على القول بكون مبدأ الخيار فى العيب هو العقد.

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار فى أحكام الخيار؛ ص: ١٣٧

و أعجب منه أنه لما وقف على أنّ خيار الشرط نافذ بالاتفاق. ذهب إلى كون أدلته مخصّصة لما دلّ على عدم جواز مخالف الكتاب و السنة.

وجه العجب، أنّ عموم ما دلّ على عدم نفوذ الشرط المخالف أب عن التخصيص. إذ كيف يمكن تسويغ ما خالف الكتاب و السنة و اضاء المشروعية عليه، فلا مناص عن جعل بيع الخيار خارجا عن الآية بالتخصيص على ما عرفت.

(١)- المستند: ج ١ / ٢٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣٨

لا فرق بين المدّة المتصلة أو المنفصلة عن العقد:

لا فرق بين كون زمان الخيار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه، لاطلاق أدلّة الشرط. و صيرورة العقد بعد لزومه جائزا لا يكون مانعا من صحّة الاشتراط بعد اطلاق الأدلّة، و ليس هو فى حد نفسه محذورا بعد وجوده فى الخيارات كخيار التأخير، و قد تقدم أنّ الخيار و إن كان أمرا واحدا لكنّه قابل للتقطيع حسب الأزمنة، و يكفى اثباته فى جزء من الزمان دون جزء.

لزوم كون المدّة مضبوطة:

قال المحقق: يجب أن يكون (ما يشترطه من مدّة الخيار) مدّة مضبوطة و لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة و النقصان، كقدوم

الحاج، و مثله أوان الحصاد و الديات.

و يمكن الاستدلال عليه بوجهين:

١- دلّ الدليل على اعتبار العلم بالعوضين فى البيع، فىكون الجهل بهما أو بأحدهما و إن كان طفيفا، مانعا عن الصّحة، و الشرط مطلقا راجع إلى أحد العوضين، فالجهل به جهل بهما، فيبطل، لاشتراط العلم، و هذا الدليل أحسن ممّا سيوافيك من الدليل الثانى، لأنّ السابى فى الروايات و فتاوى القوم يقف على أنّ الجهل بهما غير مغتفر إلّا إذا كان على وجه لا يعبأ به عرفا، و لا يتلقاه العرف جهلا، و إن كان يعدّ جهلا بهما عقلا.

٢- صيرورة المعاملة بذلك غريبة، كما أفاده الشيخ و اعتمد عليه دون

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٣٩

الدليل الأوّل معللا بأنّ الشرط قيد للمعاملة و بمنزلة الجزء من أحد العوضين، فتصير المعاملة غريبة يشملها نهى النبى الأكرم صلّى الله عليه و آله و سلّم عن بيع الغرر (١).

يلاحظ عليه: أنّ الاستدلال بالنبوى يتوقف على فهم معنى الغرر فى اللغة، و المتحصّل من المعاجم أنّه يستعمل تارة فى معنى الخطر، و أخرى فى معنى الخدعة، و إليك نصوصهم:

١- قال الخليل فى كتاب «العين»: الغرّ: الذى لم يجزّب الأمور مع حداثة السن، و المؤمن غرّ كريم، و الغرر كالخطر، و غرّ بما له أى حملة على الخطر (٢).

و قال الجوهرى: نهى رسول الله عن بيع الغرر، و فسّر بما يكون له ظاهر يغرّ المشتري، و باطن مجهول مثل بيع السمك بالماء، و الطير فى الهواء، و قريب منه فى مجمع البحرين للطريحي.

و قال ابن منظور: الغرر: الخطر، و نهى رسول الله عن بيع الغرر، و مثّل له بالبيع فى الماء، و بيع الغرر المنهى عنه، ما كان له ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول. يقال: إياك و بيع الغرر. و يدخل فى بيع الغرر البيوع المجهولة التى لا يحيط بكنهها المتبايعان، حتى تكون معلومة.

هذه كلمات أئمة اللغة و هى تعرب عن أنّه لا يتجاوز عن معنيين، بل معنى واحد بارجاع أحدهما إلى الآخر و هما عبارتان عن الخطر و الخدعة، و لعلّ معناه هو الثانى، و الخطر ملازم للخدعة.

(١)- الوسائل: ١٣ / ٣٣٠ الباب ٤٠، من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣: نهى رسول الله عن بيع المضطرّ و عن بيع الغرر.

(٢)- العين: ج ٤ ص ٣٤٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٠

و على كل تقدير فالبيع المنهى عنه إمّا هو البيع الذى كان هناك فيه تغير من أحد المتبايعين على الآخر، أو البيع المخطور الذى لا يعلم كنهه و لا يقدم عليه العاقل و قد عرفت مثاله، أعنى: بيع السمك و الطير بالماء و الهواء.

و على ضوء هذا: إذا كان هناك خيار غير منضبط على وجه الدقة كالخيار إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد و الديات، لا يصدق عليه بيع الغرر بمعنى البيع الذى فيه اغترار، كما هو المفروض، و لا الخطر، إذ ليس فيه خطر لأنّ الجهل بمقدار الخيار و أنّه هل هو شهر أو أزيد منه بعشرة أيام، لا يعدّ ركوبا للأمر المخطور، و البيع الخطرى إنّما يصدق على البيع المحاباتى كما إذا اشترى صبرة من الحنطة و هى مردّدة بين كونه ألف كيلوغرام أو ألفين، و أمّا الآجال المردّدة بين شهر أو أربعين يوما فلا يدخل فى البيع المخطور غالبا، و كونه كذلك نادرا لا يكون دليلا على الغالب.

و يؤيّد ذلك ما رواه الصدوق فى معانى الأخبار بسنده عن النبى الأكرم: أنّه نهى عن المجر و هو أن يباع البعير أو غيره ممّا «بما» فى

بطن الناقة، و نهى عن الملاقيح و المضامين، فالملاقيح: ما في البطون و هي الأجنّة، و المضامين: ما في أصلاب الفحول. و كانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة و ما يضرب الفحل في عامه و في أعوام، و نهى عن بيع حبل الحبلّة، و معناه: ولد ذلك الجنين الذي في بطن الناقة أو هو نتاج التناج، و ذلك غرر (١).
و بذلك يعلم أنّ الاستدلال ببيع الغرر في كلمات القوم، في كثير من الموارد في غير محلّه، لأنّهم ربّما يستدلّون به في نفى البيع الضررى أو في البيع المجهول على

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب عقد البيع، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٤١

وجه الاطلاق مع أنّهما ليسا بمتلازمين للخطر على وجه الاطلاق، فلا بدّ في الاستدلال من احراز أحد الأمرين، وجود اغترار أو صدق الخطر عند العرف.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر استدلّ على بطلان البيع في المقام بقوله «قولاً واحداً للغرر حتى في الثمن لأنّ له قسطاً منه فيدخل فيما نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلّم فاشترطه مخالف للسنة، و ما دلّ على وجوب اتباعها من الكتاب» (١).

و أورد عليه الشيخ الأعظم: بأنّ كون البيع بواسطة الشرط مخالفاً للكتاب و السنة، غير كون نفس الشرط مخالفاً للكتاب و السنة، ففي الثاني يفسد الشرط، و يتبعه البيع، و في الأوّل يفسد البيع فيلغو الشرط، اللهمّ إلّا أن يراد أنّ نفس الالتزام بخيار في مدّة مجهولة غرر، و إن لم يكن بيعاً فيشمله دليل نفى الغرر، فيكون مخالفاً للكتاب و السنة. لكن لا يخفى سراية الغرر إلى البيع، فيكون الاستناد في فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب، كالأكل من القفا (٢).

توضيحه: أنّه إن أراد أنّ اشتراط هذا الخيار، المجهولة مدّته، سبب الغرر في نفس البيع (٣) حيث إنّ له قسطاً من الثمن، و جهالة المدّة موجب لجهالة الثمن فيشمله قوله: «نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلّم عن بيع الغرر» فلا يصحّ أن يفرع عليه قوله: فاشترطه مخالف للسنة و ما دلّ على اتباعها من الكتاب (٤) فإنّ ظاهره أنّ نفس الاشتراط غرري، فهو خلط بين كون البيع بواسطة الشرط غررياً و نفس الاشتراط غررياً، فهو جمع بينهما في كلامه.

(١)- جواهر الكلام: ج ٢٣ ص ٣٢.

(٢)- المتاجر: ص ٢٢٨.

(٣)- يؤيده قوله: «لغرر حتى في الثمن...».

(٤)- يريد و قوله سبحانه: مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا (الحشر / ٧).

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٤٢

و إن أراد أنّ نفس الشرط غرري لأجل جهالة في مدّته، فيدخل ذاك الشرط الغرري تحت قوله: «نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلّم عن الغرر» الذي رواه البيهقي في سننه (١) ففيه مضافاً إلى أنّه مناف لقلوله «حتى في الثمن لأنّ له قسطاً» يرد عليه أنّ العدول عن الاستدلال على فساد البيع بكونه غررياً، إلى الاستدلال على فساده لأجل كون ذاك الشرط غررياً فيه- مع عدم الحاجة إلى الوساطة- كالأكل من القفا.

هذا توضيح مراد الشيخ الأعظم و لا يخفى قصور عبارته، و لكن الظاهر أنّ الاشكال غير متوجّه عليه لأنّ الظاهر أنّ مراده هو القسم الأوّل بشهادة قوله للغرر حتى في الثمن. و الاعتماد على كون الشرط مخالفاً للسنة، ليس بلحاظ نفسه حتى يرجع إلى القسم الثاني بل لأجل كونه سبباً لسريان الغرر إلى الثمن و بالتالي إلى نفس البيع فيكون نفس البيع غررياً.

أقسام المدّة المجهولة:

لا فرق في بطلان العقد بين ذكر المدّة المجهولة كقدوم الحاج، و عدم ذكر المدّة أصلا، كأن يقول: بعتك على أن يكون لى الخيار، و بين ذكر المطلقه كأن يقول:

بعتك على أن يكون لى الخيار مدّة، لاستواء الكل فى الجهل على ما قلناه أو لاستواء الكل فى الغرر على مذهب الشيخ الأنصارى. هذا هو مقتضى القاعدة. إنّما الكلام فيما ذكره الشيخ فى الخلاف.

قال الشيخ: من ابتاع شيئا بشرط الخيار و لم يسمّ وقتا و لا أجلا بل أطلقه، كان له الخيار ثلاثة أيام و لا خيار له بعد ذلك- إلى أن قال:- دليلنا اجماع الفرقه

(١)- سنن البيهقى: ج ٥ / ٣٣٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٣

و أخبارهم «١».

و ظاهره وجود أخبار فى المسألة مع أنّه لم توجد أخبار بهذا المضمون فى رواياتنا.

و لأجل ذلك أوّله العلامة بإرادة خيار الحيوان، و يحتمل أنّ الشيخ استند إلى روايات تأخير الثمن، إلى غير ذلك من المحتملات، و على كلّ تقدير فمقتضى الضابطه هو البطلان.

و ربّما يحتمل بطلان الشرط دون العقد مستندا إلى أنّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد و هو غير تام، لأنّ البحث عن افساد الشرط الفاسد و عدمه، بحث حيثى، يتمخض فى كون الشرط الفاسد بما هو هو- مع قطع النظر عن العناوين الآخر، هل هو مفسد أو لا؟ كما إذا جعل أمر الطلاق بيد المرأة و قد افترق فيها العلماء فرقتين، و هذا لا- ينافى القول بالافساد إذا طرأ عليه عنوان آخر كالجهد بالعوضين فإنّه مفسد مطلقا، و مثله ما إذا كان ملازما لطروء التناقض على مفاد العقد، كالشرط المخالف لمقتضى العقد فهو مفسد قطعاً، كما إذا باع و شرط أن لا ينتفع بالمبيع، و على الجملة فالبحث فى الافساد و عدمه يتمخض فى نفس هذا الموضوع لا ما إذا استلزم فسادا آخر كالجهد بالعوضين، أو طروء التناقض فى الانشاء فهو مبطل قطعاً.

(١)- الخلاف: ج ٣ ص ٢٠، كتاب البيوع، المسألة ٢٥. و قد ذكر شيخنا المعلق، روايات زعم أنّها مصادر لفتوى الشيخ و الكل أجنبي

عنها، فهى راجعة إمّا إلى خيار التأخير، أو إلى خيار الحيوان.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٤

مبدأ خيار الشرط:

مبدأ خيار الشرط هل هو حين العقد، أو حين التفرّق؟ و قد مضى نظير هذا البحث فى خيار الحيوان لكن خيار الحيوان لما كان بجعل الشارع، يجب أن يتّبع فى تعيين المبدأ لسان الدليل، و أمّا خيار الشرط فهو بجعل المتعاقدين، فيجب أن يتّبع ما هو المتبادر من ظاهر كلامهما.

ذهب الشيخ الطوسى إلى أنّ كون المبدأ هو تفرّق الأبدان و قال:

«مدّة خيار الشرط من حين التفرّق بالأبدان لا من حين حصول العقد، و للشافعى فيه وجهان: أحدهما: مثل ما قلناه، و الثانى: أنّه من حين العقد. ثم استدلّ: بأنّ الخيار يثبت بعد ثبوت العقد، و العقد لا يثبت إلّا بعد التفرّق، فوجب أن يكون الخيار ثابتا من ذلك الوقت

«١» و إلى هذا الوجه يشير الحلى فى سرائره بقوله: إن المتبادر من جعل الخيار، جعله فى زمان لو لا الخيار لزم العقد «٢». ما ذا يريد من قوله «ثبوت العقد» فإن أراد حصول الملكية للمشتري، فهى حاصلة قبل التفريق و إن أراد كون العقد لازما غير متزلزل، فلازمه عدم جواز اجتماع خيارين فى زمان واحد، مع أنه ممكن و واقع، من غير فرق بين كونهما شرعيين أو جعليين، أو مختلفين. و من أوضح مصاديق الجمع، اجتماع خيارى العيب و الغبن. و اختار الشيخ الأعظم أن المبدأ هو حين العقد، مستدلا بأنه المتبادر من

(١) - الخلاف ج ٣ ص ٣٣ المسألة ٤٤ من كتاب البيوع.

(٢) - السرائر: ١/ ٢٤٧ و الموجود فى المتن منقول بالمعنى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٥

الاطلاق أولا، و أنه لو كان المبدأ حين التفريق بطل لأدائه إلى جهالة مدّة الخيار ثانيا.

يلاحظ على الوجه الأول: أنه إنما يتم إذا كان الخيار المعجول أطول من الخيار الموجود كما إذا اشترط فى بيع الحيوان أن يكون له خيار عشرة أيام، و الغرض من الاشتراط جعل مدّة التروى أكثر. و أما إذا كان المعجول مساويا مع الموجود أو أقل منه، فالمتبادر منه أو منصرفه، كونه ذا خيار عند انقضاء الخيار الموجود، صيانة لفعله عن اللغو، و لعل ما نقلناه عن الحلى، ناظر إلى هذه الصورة لا فيما إذا كان زمان الخيار المشروط أطول من الأول، كما عرفت.

كما أنه يلاحظ على الوجه الثانى: بأنه إنما يلزم إذا لم يكن زمان الخيار، محددا بالأيام كما إذا قال: بعثك بشرط أن يكون لى الخيار من حين التفريق إلى يوم الجمعة، فحيث إن زمان التفريق غير معلوم تكون مدّة الخيار مجهولة، و أما إذا قال: بعثك بشرط أن يكون لى الخيار من حين التفريق إلى ثلاثة أيام، فالمجهول عندئذ، إنما هو وقت الخيار لا مدّته و مقداره. و على كل تقدير، فالمتبع ظاهر كلام المتعاقدين إذا لم يمنع عن أخذه مانع.

جعل الخيار للأجنبى:

و من أقسام هذا الخيار جعل الخيار لغير المتعاقدين، كما لو باع المتاع و شرط الخيار لفرد آخر، قال الشيخ فى الخلاف: «إذا باع عينا بشرط الخيار لأجنبى صحّ ذلك» و قال محمد فى الجامع الصغير: قال أبو حنيفة: «لو قال: بعثك على أن الخيار لفلان، كان الخيار له و لفلان». و قال أبو العباس: جملة الفقه فى هذا أنه إذا باعه و شرط الخيار لفلان، نظرت فإن جعل فلانا و كيلا له فى الامضاء و الردّ صحّ قولاً

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٦

واحدا. و إن أطلق الخيار لفلان أو قال: لفلان دونى، فعلى قولين: أحدهما يصحّ على ما شرط، و الثانى لا يصحّ و هو اختيار المزنى، ثم استدللّ الشيخ على ما اختاره بالعمومات الدالة على أن المؤمنين عند شروطهم و أن كل شرط لا يخالف الكتاب و السنة فإنه جائز «١».

و هذه الأقوال تعرب عن أن موضوع المسألة لم يكن مشخصا فإن الظاهر أن جعل الخيار للأجنبى نحو جعله لنفسه أو لصاحبه لا و كيلا عن نفسه، و عند ذلك يسقط ما ذكره محمد الشيبانى فى الجامع الصغير من أنه لو قال: بعثك على أن الخيار لفلان، كان الخيار له و لفلان «لأنه مبنى على كون الأجنبى و كيلا، و لا معنى لو كالة الأجنبى بدون ثبوت الخيار للموكل».

فلأجل ذلك حمل العبارة الظاهرة فى انحصار الخيار فى الأجنبى، على ثبوته للمالك و الأجنبى، و قال: إنه يثبت لكليهما أخذا بمفاد الوكالة، كما يسقط الشق الأول من كلام أبى العباس من حديث الوكالة، فالكلام مركّز على جعل الخيار للأجنبى فقط، فهل يصحّ

كما اختاره الشيخ أو لا يصح كما هو اختيار المزمى؟

فالحق هو الصحة لعموم الأدلة و ضعف ما يتوهم كونه مخالفا للكتاب و السنة لأن ما يتوهم عبارة عما يلى:

ان الخيار سواء تعلق بالعين الذى يعبر عنه بالتراد، أو بالعقد المعبر عنه ب «حق فسخ العقد» عبارة عن الرد فى ملك الفاسخ بالفسخ أو بالتراد، فالفاسخ إما أن يكون مالكا أو نائبا عنه و هذا الشرط مفقود فى المقام.

يلاحظ عليه: أنه لا دليل على اختصاص الفسخ بأحد المتعاقدين، بل

(١)- الخلاف: ج ٣ ص ٣٥- كتاب البيوع، المسألة ٤٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٧

الملاك أن يكون للفاسخ حق فى العقد، كما فى المقام، أو فى العين، كما فى المرتهن بالنسبة إلى العين المرهونة إذا باعها الراهن، و نظيره إرث الزوجة للخيار مع عدم ارثها من العين، فيما إذا باع الزوج داره مع الخيار و مات فى أثناء المدّة فالزوجة ترث الخيار، و تفسخ و إن لم يكن الرد فى ملك الفاسخ.

ثم إنه هل يسقط خيار الأجنبى باسقاط الشارط أو لا؟ الظاهر لا، لما عرفت من أنه ليس من باب الوكالة بل اثبات حق بعقد لازم للأجنبى، فلا يسقط إلّا باسقاطه، و كون خيار الأجنبى حقا للمشروط له (ممنوع) و إنما هو لصالح المشروط له و هو غرض و حكمة للجعل و ليس محددا لاطلاق الخيار، فله الأخذ بالخيار من دون مراعاة مصلحة الشارط.

ثم إنه لو جعل الخيار لمتعدد، فإن كان المجعول خيارا واحدا لأشخاص متعددين، فلا اشكال فى عدم نفوذ الفسخ و الامضاء إلّا مع اجتماعهم عليه.

و أما لو جعل الخيار لكل واحد مستقلا، فلكل حق الفسخ، و لو فسخ واحد منهم انفسخ. إنما الكلام إذا أمضى واحد منهم، فهل يبقى مجال لفسخ الآخر أو لا؟ قال الشيخ: يقدم الفاسخ لأن مرجع الاجازة إلى اسقاط خيار المجيز خاصة.

و لكنّه مبنى على تفسير الخيار الثابت لكل واحد، بملك فسخ العقد فقط، و أما لو قلنا بأن الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد و ابرامه، فلا وجه لتقديم الفاسخ على المجيز إذا تقدمت الاجازة، لأنه باجازه قد أبرم العقد، و أحكمه، فخرج عن كونه فى معرض التزلزل، نعم لو تقارن الفسخ و الابرام لم يؤثر شيء منهما، أو قلنا بأن الخيار عبارة عن ملك الفسخ يصح ما ذكره الشيخ كما لا يخفى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٨

اشتراط الاستيمار:

الاستيمار مصدر باب الاستفعال من «أمر» بمعنى الاستشارة، و ربما يطلق عليه المؤامرة و يراد منها المشاورة خلافا لما هو الرائج اليوم فى استعمالها فإنها تطلق على المواطاة و مثله الائتمار. قال سبحانه: **إِنَّ الْمَلَأَ يَأْتَمِرُونَ بِكَ لِيَقْتُلُوكَ فَاخْرُجْ إِنْى لَكَ مِنَ النَّاصِحِينَ** (القصص / ٢٠). قال فى مجمع البيان: الائتمار التشاور و الارتداد، يقال: ائتمر القوم و ارتأوا بمعناه. قال النمر بن تولب:

أرى الناس قد أحدثوا شيمه و فى كلّ حادثه يؤتمر

و قال سبحانه: **وَ اتَّمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ** (الطلاق / ٦) أى و تشاوروا بينكم.

و أمّا تفسير الاستيمار بمعنى طلب الأمر و البعث، فغير صحيح فى المقام، و على كلّ تقدير فقد يشترط البائع على المشتري أو بالعكس، أن يستشير الأجنبى فى أمر العقد، فلا يصدر إلّا عن رأيه فى مجالى التنفيذ و الرد، و هو يتصور على وجهين:

١- إذا ورد الشرط على الخيار الثابت بجعل الشارع كخيارى المجلس و الحيوان، أو بجعل المتعاقدين كما فى المقام، و كان معناه أن صاحب الخيار لا يصدر فى الأخذ بالخيار، و اعماله إلّا عن رأى المشير، و بما أن هذا الشرط غير مخالف للكتاب و السنة يرجع النزاع

فيه إلى أن الاشتراط هل يسلب عنه حق التنفيذ أو الرد قبل الاستيثار أو لا؟ و على فرض الاستيثار هل تجوز له المخالفة أو لا؟
 ٢- إذا علق نفس الخيار على الاستيثار بمعنى أنه لا يثبت له الخيار إلا بعد
 المختار في أحكام الخيار، ص: ١٤٩

الاستشارة، و صدور الاشارة منه إلى واحد من الردّ و التنفيذ، و هذا لا- يتم في خيارى المجلس و الحيوان، لأنهما مجعولان بجعل
 الشارع، شرطا أم لم يشترطا، و تعليق حدوثهما على الاستيثار يخالف السنّة فلا مناص عن تخصيصه بغيرهما.
 و الظاهر أن مورد البحث هو الصورة الأولى. قال الشيخ في الخلاف:

«إذا باعه بشرط أن يستأمر فلانا، فليس له الردّ حتى يستأمره» و للشافعى فيه وجهان: أحدهما هو ظاهر المذهب مثل ما قلناه، و الثانى: له
 الردّ من غير استيثار، دليلنا ما قلناه فى المسألة الأولى لأنّ الأخبار على عمومها «١».
 و قال العلامة فى التحرير بجواز الردّ قبل الاستيثار مستدلاً بأنّه ذكره احتياطاً «٢».

وجه الاستظهار أنّ الحكم بجواز الردّ قبل الاستيثار من العلامة، لا يتم إلا بعد أن يكون الخيار مفروغا عنه و إلا فلو كان أصل الخيار
 مشروطا به، لا يصحّ لأى فقيه أن يحتمل جواز الردّ، إذ لا مشروط (الخيار) قبل شرطه حتى يناع فى جواز الانتفاع به.
 إذا عرفت ذلك فنقول: أمّا القسم الأول فله أقسام:

ألف- هل يجوز له التنفيذ أو الردّ قبل الاستيثار، و المراد من الجواز هو الجواز الوضعى بمعنى نفوذهما، لا الحكم التكليفى إذ هو
 معلوم لا يحتاج إلى بيان.

فالظاهر نفوذهما، لأنّه ذو خيار، و قد انتفع بخياره، و المفروض أنّ الاستيثار ليس شرط الخيار غاية الأمر أنّه تخلف عن الشرط الذى
 التزم به حيث التزم على نفسه أنّه لا ينتفع منه إلا بعد الاستشارة فلم يعمل بشرطه، فللطرف الآخر خيار تخلف الشرط إذا نفذ العقد، لا
 ما إذا فسخه، لبقاء الموضوع فى الأول دون الثانى، إذ يصحّ

(١)- الخلاف: ج ٣ ص ٣٧ المسألة ٥٠.

(٢)- التحرير: ١٦٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٥٠

للمشروط له الفسخ بعد تنفيذه بحجّة أنّه تخلف عن الشرط، و لا يصحّ له التنفيذ إذا فسخ، لارتفاع الموضوع. اللهمّ إلا أن يقال بعدم
 العبرة بتنفيذه و فسخه بعد اشتراطهما بالاستيثار.

ب- إذا استأمره و صدر عن رأيه تنفيذا و فسخا فلا اشكال فى الصحّة.

ج- إذا استشار و أمره بالتنفيذ، فخالف ففسخ، يكون الفسخ نافذا، غاية الأمر تخلف عن شرطه. و ما فى الجواهر «من لزوم العقد
 بامضاء المستأمر و سكوته إذا كان المراد منها اشتراط الخيار له بأمره لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه» «١»، فإنّما يناسب الصورة
 الثانية لا- الأولى، إذ الخيار فيها مشروط دون الأولى، و فى كلامه خلط بين صورتين كغيره و لا- يمكن جبره عندئذ بشىء إلا
 بالتصالح، و تنازل المشروط عليه عن حقّه فى مقابل شىء و إلا فلا معنى لتنفيذ العقد بعد الفسخ بحجّة أنّ له خيار تخلف الشرط.

و ما ذكره الشيخ فى هذه الصورة بقوله: «فإن أمره بالاجازة لم يكن له الفسخ قطعاً، إذا الغرض من الشرط ليس مجرّد الاستيثار، بل
 الالتزام بأمره» صحيح إن أراد منه الجواز التكليفى و أمّا إن أراد منه الجواز الوضعى فغير صحيح، لأنّ له حقّ الخيار على وجه الاطلاق
 و قد انتفع بحقّه على خلاف شرطه، فهو عاص فى عمله و إن كان فسخه نافذا. إلا أن يقال بعدم العبرة بفسخه، لكونه محددًا بصدوره
 عن رأى الغير.

د- إذا استشار فأمره بالفسخ يجب عليه العمل بقول المشير، فلو امتنع فللمشروط له خيار تخلف الشرط، فيجوز له الفسخ بحجّة

التخلف.

ثم إنَّ الشيخ قد اختار في المقام (بخلاف صورة الأمر بالاجازة) «أنه لا يجب عليه الفسخ تبعاً (لصاحب الجواهر) (٢) بل غاية الأمر أنه يملك الفسخ

(١) - الجواهر: ٢٣ / ٣٥ قال: أما لو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره به قطعاً كغيره.

(٢) - الجواهر: ٢٣ / ٣٥ قال: أما لو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره به قطعاً كغيره.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٥١

حينئذ، إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه، أما مع عدم رضا الآخر بالفسخ فواضح، إذ المفروض أن الثالث لا سلطنته له على الفسخ، و المتعاقدان لا يريدانه، و أما مع طلب الآخر للفسخ فلا وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر (بالكسر) راجع إلى حق لصاحبه عليه، فإن اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفاً، فمعناه سلطنته صاحبه على الفسخ، فيرجع اشتراط الاستيمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه «١».

و لا يخفى عدم صحّة التفريق بين صورتى الاجازة و الفسخ، فلو وجب الامتثال فى الأولى و جب فى الثانية، و ليس معنى الاستشارة فى المقام مجرد ملك الفسخ، بل ما ذكره فى صورة الاجازة من الالتزام بأمره، فلذا يجب عليه الفسخ إذا أمر به.

و أمّا ذكره فى آخر كلامه من أنّ وجوب الفسخ عليه يرجع إلى شرط لكلّ منهما على صاحبه فغير تام، بل الشرط هنا لواحد منهما على الآخر، غير أنّ المشروط عليه لما لم يتم بواجبه (الفسخ بعد الاستشارة) كان للمشروط له فسخ العقد بحجّة التخلف عن الشرط.

هذا كلّ فى الصورة الأولى، و أمّا الصورة الثانية فحكم الموارد واحد، إلّا المورد الأول فليس له التنفيذ أو الردّ قبل الاستيمار، لأنّ المفروض عدم ثبوت الخيار له إلّا بعد الاستيمار فكيف ينتفع بخيار لا وجود له، و أمّا بقية الموارد فالحكم فيها واحد.

نعم ربّما يقال: إنّ صحّة الصورة الثانية بعامة شقوقها مبنيّة على صحّة التعليق فى الانشاء أى تعليق الخيار على الاستشارة، و التعليق فى الانشاء باطل

(١) - المتاجر، قسم الخيارات: ص ٢٢٩ طبعه تبريز.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٥٢

فيجب أن يكون منجزاً كالصورة الأولى.

و الظاهر أنّ المقام من قبيل التعليق فى المنشأ، و لا دليل على البطلان فيه سوى الاجماع، و يمكن أن يكون دليل المجمعين فى استنادهم فى البطلان إلى الدليل العقلى المتوهم فى المقام، فالحقّ صحّة هذه التعليقات إلّا ما قام الدليل على بطلانه نقلاً كالطلاق.

بيع الخيار:

إشارة

من أفراد خيار الشرط، الخيار الذى يضاف إليه البيع، و يقال له «بيع الخيار» أى البيع الذى فيه الخيار، و المقصود منه فى مصطلح الإمامية أن يشترط البائع على المشتري أن له استرجاع المبيع برّد الثمن فى مدّة مضبوطة. و مورد النصوص هو اشتراط البائع، و لو كانت المسألة موافقة للقاعدة يصحّ العكس أيضاً، أى اشتراط المشتري استرداد الثمن برّد المبيع فى مدّة معلومة، و لكن الغالب هو الأوّل.

و من مصالح تشريع هذا النوع من البيع صدّ الناس عن أكل الربا، حيث إنّه ربّما تمسّ الحاجة إلى النقود و لا تتحصّل إلّا بالربا، فيبيع داره جدا بثمانه الواقعي أو أقل منه كما هو الغالب حتى ينتفع هو بثمانها، و المشتري بالمبيع بالاسكان و الايجار، و لكنّه ربّما لا يريد أن يقطع علاقته تماما عن المبيع، لأنّه ربّما يحتاج إليه في المستقبل خصوصا مع شيوع أزمة السكن فيشترط على المشتري أن له استرجاع المثلثن برد الثمن في مدّة مضبوطة. و هذا ما يسمّيه فقهاء أهل السنّة ببيع الوفاء و لهم فيه دوى.

قال الشيخ في الخلاف: يجوز عندنا البيع بشرط، مثل أن يقول: بعثك إلى

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٥٣

شهر، فإن رددت على الثمن، و إلّا كان المبيع لى. فإن ردّ عليه، و جب عليه ردّ الملك، و إن جازت المدّة ملك بالعقد الأوّل، و قال جميع الفقهاء: إن ذلك باطل يبطل به العقد. ثم استدل بعمومات الشروط و قال: و على من ادعى المنع منه الدلالة «١».

و قال المحقق: «و يجوز اشتراط أن يرد البائع فيها بالثمن و يرتجع بالمبيع إن شاء».

إنّ الداعى إلى عنوان هذا القسم مستقلا مضافا إلى وجود الخلاف بيننا و بين غيرنا في صحّة هذا القسم، هو أنّه يتميّز عن مطلق خيار الشرط بأمر:

١- اشتراط ردّ الثمن في الفسخ كما يحىء أقسامه.

٢- إن التصرف في الثمن في غيره موجب لانتفاء الخيار، بخلاف هذا القسم لأنّه شرع لانتفاء البائع بالثمن و المشتري بالمبيع، فلو سقط به لزم لغوية المعاملة إلّا إذا اشترط ردّ العين كما سيوافيك.

٣- إن العقد و متعلّقه، أعنى: الخيار في خيار الشرط، مطلقان غير معلّقين، بخلاف هذا القسم، فإنّ الخيار فيه معلّق في بعض الصور الرائجة، و إن لم يكن العقد معلّقا، فلو قلنا باطل التعليق مطلقا، سواء كان في نفس المعاملة أو في توابعه أعنى الخيار، يجب القول بالبطالان في المقام حسب الضابطة إلّا إذا دلّ الدليل على صحّة هذا النوع من التعليق و هذه الوجوه هي السبب لعنوان البحث مستقلا، و تحقيق الحال يتوقّف على الكلام في أمور:

(١)- الخلاف: ج ٣، كتاب البيوع ص ١٩ المسألة ٢٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٥٤

الأمر الأوّل: صور المسألة:

ذكر الشيخ للمسألة صوراً خمسا و أضاف إليه السيّد الطباطبائي ثلاث صور أخرى و إليك بيان الجميع:

١- أن يكون ردّ الثمن في مدّة معيّنة كسنة قيّدا للخيار، فلا خيار قبله، و تكون مدّة الخيار منفصلة عن العقد دائما ففي أى زمان قام بالردّ في طول السنة كان له الخيار.

٢- أن يكون الخيار ثابتا له من زمان العقد على وجه الاطلاق، إلّا أنّ ردّ الثمن يؤخذ قيّدا للفسخ، و سبب الخيار هو نفس العقد المشروط، لكن لا يفسخ إلّا بعد ردّ الثمن.

٣- أن يكون ردّ الثمن فسخا فعليا و يتحد هذا الوجه مع السابق في أنّ الخيار مطلق و الفسخ مقيد، غير أنّ الفسخ هناك بالقول و الرد شرط له و لكن الفسخ هنا بنفس الرد، فلو قال أحد بطلان شرط النتيجة أى حصول الفسخ عند الردّ بلا سبب قولى و لا فعلى، لم يتوجّه الاشكال على هذه الصورة لأنّ هنا سببا فعليا كالردّ و هو في الوقت نفسه شرط لتحقيق الفسخ الاعتباري، المنشأ بهذا العمل.

٤- أن يكون ردّ الثمن قيّدا لانفساخ العقد، و يكفى في الانفساخ نفس اشتراطه في العقد بردّ الثمن، بلا حاجة إلى سبب خاص.

٥- أن يكون ردّ الثمن شرطا لوجوب الاقالة على المشتري بأن يلتزم على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقلال.

هذه هي الصور التي ذكرها الشيخ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٥٥

و يلاحظ على الصورة الأولى بأمرين:

أولاً: أن زمان الخيار فيه مجهول، لأنّ المفروض أن الردّ قيد للخيار، و بما أن زمان الردّ مجهول فيكون زمان الخيار أيضاً مجهولاً، و إن كان مجموع الظرف الذى يجوز فيه الردّ مضبوطاً كسنة إلا أنه لا يكفى فى الضبط، بل يجب أن يعلم أنه فى أى زمان يقوم بالردّ و يحصل الخيار.

و ثانياً: أن الفسخ معلق على الردّ، و لو قلنا بطلان التعليق حتى فى توابع البيع تشكل الصحة.

و يلاحظ على الصورة الثانية أيضاً بمشكلة التعليق حيث إن التسلّط على الفسخ معلق على ردّ الثمن، فلو قلنا: بأن التعليق مضرّ مطلقاً حتى فى توابع البيع، تشكل الصحة.

و أما الصورة الثالثة فهى أظهر الصور و أبعداها عن الاشكال. و تشترك تلك الصورة مع ما تقدمها أن الفسخ يحصل بسبب أمّا قولى كما فى الثانية أو فعلى كما فى الثالثة.

و يلاحظ على الرابعة بأن صحّتها مبنية على صحّة شرط النتيجة أى الانفساخ.

و أما الصورة الخامسة فيظهر الحال فيها ممّا ذكرنا.

و الذى يمكن أن يقال: إنه لا دليل على بطلان التعليق فى جميع العقود فضلاً عن توابعه إلا ما قام الدليل على لزوم تنجزه كالنكاح و الطلاق.

و أمّا شرط النتيجة فهو صحيح إلا ما قام الدليل على لزوم سبب خاص فيه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٥٦

كالطلاق و النكاح، و أمّا فى غير ذلك المورد، فالاشتراط كافى فى تحقّق الفسخ و الانفساخ كما أنه كافى فى تعيّن الموجود للصدقة.

نعم تبقى مشكلة الجهل فى بعض الصور، و سيوافيك الحال فى كونه مضرّاً أو لا.

و أمّا الصور التى أشار إليها السيد الطباطبائى فهى عبارة عن:

٦- اشتراط الخيار برّد الثمن فى رأس السنة، و هى نفس الصورة الأولى غير أنها ليس فيها جهل، للعلم بوقت الخيار و هو رأس السنة.

٧- اشتراط بيعه عليه إذا جاء بمقدار الثمن.

٨- أن يجعل له الخيار طول المدّة و لكن يشترط عليه أن لا يفسخ إلا بعد الردّ «١».

الأمر الثانى: نصوص المسألة و أدلتها:

قد وردت فى المسألة نصوص بين صحيح و موثق و ضعيف، و إليك نقلها:

روى الكلينى عن على بن النعمان «٢» عن سعيد بن يسار «٣» قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام -: إننا نخالط أناساً من أهل السواد و غيرهم، فنبيعهم و نربح

(١) - تعليقه السيد الطباطبائى: ٢٦ / ٢، و الوجه الثامن هو الوجه الثانى إلا أنّهما يفترقان فى أن تحقّق الفسخ هنا بنفس الاشتراط دون الصورة التى ذكرها، فإنها لا تتحقّق إلا بالقول، و هو أيضاً غير الصورة الثالثة لأنّ الفسخ هناك فعلى.

(٢) - الأعلام النخعى. قال النجاشى: كان على ثقة، و جهها، ثبتاً، صحيحاً، واضح الطريقة، روى عنه ابن أبى الخطاب. الرجال: ١٠٩ / ٢

برقم ٧١٧.

(٣) - كوفي ثقة، روى عنه محمد بن أبي حمزة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٥٧

عليهم للعشرة اثني عشر و العشرة ثلاثة عشر، تؤخر (نوجب) ذلك فيما بيننا و بين السنة و نحوها، و يكتب لنا الرجل على داره أو على أرضه بذلك المال الذي فيه الفضل، الذي أخذ منا شراء قد باع و قبض الثمن منه فعنده «فعدنا» - يب.

فبعده خ ل، إن هو جاء بالمال إلى وقت بيننا و بينه أن نردّ عليه الشراء، فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدرهم فهو لنا فما ترى في الشراء؟ فقال: أرى أنه لك إن لم يفعل، و إن جاء بالمال للوقت فردّ عليه «١».

و الرواية و إن كانت مشتملة على لفظ الوعد، لكن المراد منه هو الاشتراط بقريئة الجواب حيث قال: «أرى أنه لك ...» و الرواية صالحة للحمل على أكثر الصور.

فلو قلنا: إنه ظاهر في انفساخ البيع، فلا يردّ عليه أن الانفساخ يحتاج إلى سبب، و ذلك لأنّ الشرط بنفسه كاف في الانفساخ إذا تحقّق ردّ الثمن.

٢- موثقة إسحاق بن عمار، قال: حدّثني من سمع أبا عبد الله - عليه السلام - و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره، فجاء إلى أخيه، فقال: أبيعك داري هذه، و تكون لك أحبّ إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثمانها إلى سنة أن تردّ عليّ فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنة ردّها عليه، قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟

فقال: الغلّة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكانت من ماله «٢».

و الرواية محتملة لأكثر الوجوه السابقة، فلا نعيد.

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٧ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) - المصدر نفسه: الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٥٨

٣- خبر معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر، فشرط: إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله؟

قال: له شرطه. قال أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين؟ قال: هو ماله، و قال أبو عبد الله: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري «١».

٤- روى في المستدرک عن دعائم الإسلام عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنه سئل عن رجل باع داره على شرط أنه إن جاء بثمانها إلى سنة أن يردّ عليه؟ قال: لا بأس بهذا و هو على شرطه «٢».

و على ضوء هذه الروايات فالجهل الموجود في زمان الخيار (لو كان ردّ الثمن قيذا للخيار) أو في زمان الردّ أو الفسخ أو الانفساخ مغتفر، و هذا ممّا لا يغتفر في غير هذا المورد.

الأمر الثالث: أقسام ردّ الثمن:

الثمن المشروط ردّه إمّا شخصي أو كلي في الذمّة، فعلى الأوّل فإن قبضه فلا شكّ أن له الخيار برده، إمّا الكلام إذا لم يقبضه فهل له الخيار أو لا؟ قال الشيخ: له الخيار و إن لم يتحقّق ردّ الثمن، لأنّه شرط على تقدير قبضه، و إن لم يفسخ حتى انقضت المدّة لزم البيع و

يحتمل العدم (عدم الخيار)، بناء على أنّ

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- المستدرک: ج ١٣، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٥٩

اشترط الردّ بمنزلة اشتراط القبض قبله.

يلاحظ عليه: أنه ليست لردّ الثمن موضوعية بل هو أحد الطرق لاستيلاء المشتري على ثمنه، فإذا كان الثمن موجودا عنده و مستوليا عليه من أوّل الأمر، فلا موضوع للردّ، حتى يتخذ المشتري حجّة على البائع.

و بالجملة: المتبادر فى هذا المقام أنّ المشتري لا يرضى بردّ المبيع إلّا بأخذ عوضه، فإذا كان العوض عنده موجودا و الشرط حاصلًا فتلقى شرطية الشرط، و يكون له الخيار على وجه الاطلاق متقيّدا بمدة معينة، و منه يظهر ما فى كلام السيد الطباطبائي حيث يقول:

المسألة مبنيّة على أنّ الردّ هل هو معتبر من باب الموضوعية أو من باب الطريقة لوصول الثمن إلى المشتري أى حصوله عنده؟

فعلى الأوّل لا- خيار لعدم تحقّق شرطه، و هو الردّ المسبوق بالقبض، لا لاشترط القبض قبله كما بينه المصنّف، بل لعدم الموضوع حينئذ، و على الثانى فله الخيار لأنّ المفروض حصول الثمن عنده، و الغالب فى انظار العرف هو الطريقة إذ لا غرض لهم فى تحقّق موضوع الردّ بما هو رد «١».

إنّ احتمال كون الردّ أمرا مطلوبيا فى نفسه وراء نتيجته التى هى الاستيلاء احتمال عقلى بحت لا يتبادر إلى الأذهان العرفية، و بذلك يعلم أنّ ما أظن به سيدنا الأستاذ- قدس سرّه- فى المقام ليس بتام.

ثمّ إذا قبض الثمن المعين فلاشترط ردّه صور:

١- إمّا أن يشترط ردّ عينه.

٢- أو يشترط ردّ ما يعمّ بدله مع عدم التمكن من العين لا بسبب منه،

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي ج ٢ ص ٢٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٦٠

أو مطلقا.

٣- أو و لو مع التمكن منه.

٤- أو يطلق.

أمّا الأوّل أعنى اشتراط ردّ العين، فلو تلف من البائع أو من غيره، فالظاهر عدم الخيار، اللهمّ إلّا أن يكون الشرط ناظرا إلى سقوطه بتلف البائع، لا بتلف الغير، فعندئذ يبقى الخيار بحاله عند اتلاف الغير.

إنّما الكلام فى صحّة هذا الشرط فى الأثمان الرائجة فى زماننا هذا، فإنّه أى فرق بين هذا الورق، و ذاك الورق فالكل من نوع واحد و صنف فارد، لا فرق فيها بين الناس أبدا، نعم لما كانت النقود فى العصور السابقة مختلفة من حيث العيار و كثرة الذهب و الفضة و قلّتهما، كان لهذا الشرط مجال فى تلك العصور، و على ضوء ذلك فنفس هذا الشرط فى عصورنا لغو و لزوم الوفاء به مورد نظر.

و أمّا على الثانى و الثالث فله ردّ البدل فى موضع صحّة الاشتراط. و به خرج ما إذا شرط ردّ المثل، مع وجود العين، فإنّ هذا الشرط مخالف لمقتضى حلّ العقد، إذ مقتضاه هو حصول الترادى بين العينين، إلّا أن يكون هناك اتفاق آخر بالاكفاء بالمثل عن العين. نعم يمكن أن يقال: إنّ لزوم استرجاع العين من آثار الفسخ المطلق، لا- مطلق الفسخ و إنّ لو شرط قبول المثل مع وجود العين صحّ

بمقتضى عموم أدلة الشرط، و الاشرط يدل على أن النظر إلى مالیه العين لا إلى نفسها.

و أما الرابع: أعنى ما إذا أطلق، فقال الشيخ الأنصارى: «مقتضى ظاهر الشرط فيه ردّ العين، و لعلّ العكس هو الحق فإنّ ظاهر الاطلاق هو جواز ردّ المثل أيضا».

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٦١

هذا كلّه إذا كان الثمن شخصيا، و أما إذا كان الثمن كليا، فهو على قسمين:

فتارة يكون فى ذمه البائع، كما هو مضمون روايه سعيد بن يسار المتقدم، فردّه باداء ما فى الذمّه، و أخرى يكون الثمن فى ذمه المشتري، ثمّ يعين فى فرد، و الظاهر فى المقام هو الاكتفاء برّد المثل، خصوصا انّ الغرض هنا من البيع هو الانتفاء من الثمن، كما هو الغالب الأغلب، فلو كان الغرض متعلّقا برّد عين الثمن لوجب التصريح عليه.

الأمر الرابع: فى كيفيّة الفسخ:

إنّ هذا القسم من الخيار، يفترق عن خيار الشرط بأنّ ردّ الثمن شرط فى الفسخ دون خيار الشرط، و عندئذ يقع البحث فى أنه: هل يكفى مجرد الردّ فى الفسخ أو يتوقّف على انشائه لفظا؟ و الحق أنّه لو كان ردّ الثمن إنشاء للفسخ عرفا، و كان الرادّ قاصدا به الانشاء لاستغنى عن إنشاء الفسخ لفظا، لأنّ الأسباب الفعلية تقوم مقام الأسباب القولية، هذه هى المعاطاة، فهى سبب فعلى تحصل به الملكية للمتعاقدين، إذا كانا قاصدين التملك بالاعطاء، و ليس السبب الفعلى منحصرا فى المعاطاة و هذا هو باب الوقف، و قد ذكروا فيه أنّ الوقف يتوقّف على التسليم، فلو اشترى سجادا و افترشه فى المسجد بتيه الوقف و صلّى عليه كفى فى حصول الوقف و انشائه، اللهمّ إلّا أن يشترط الفسخ اللفظى وراء ردّ الثمن أو مثله، و بالجملة كيفيّة الفسخ تابعه لكيفيّة الاتفاق بين المتعاقدين، فلو اتفقا على الفسخ بعد ردّ الثمن فلا مناص عن الفسخ اللفظى، و إلّا فيكفى ردّ الثمن، إذا قصد به إنشاء الفسخ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٦٢

الأمر الخامس: مسقطات هذا الخيار:

إنّ هذا الخيار يسقط بمثل ما تسقط به سائر الخيارات، إلّا ما دلّ الدليل على عدم سقوطه به، و إليك التفصيل:

١- يسقط بالاسقاط بعد العقد، على الوجوه الخمسة «١» أما الأوّل و هو ما إذا كان ردّ الثمن شرطا لتحقق الخيار، فالخيار و إن لم يكن موجودا، لكن المقتضى موجود، و لا يعد اسقاطا لما لم يجب و له نظائر فى الفقه، و إن أبيت إلّا عن عدم الجواز، فلا شكّ أنّ للبائع قبل الردّ حقّا لا ينكر، و الدليل عليه أنّه يستطيع أن يستحصل الخيار برّد الثمن، فله أن يسقط هذا الحق. و أمّا على الوجه الثانى و الثالث، فالاسقاط من قبيل اسقاط ما ثبت لتحقق الخيار بالفعل، و أمّا على الرابع و الخامس، فإنّهما ليسا من قبيل شرط الخيار، و إنّما للبائع عليه حق الشرط، فيجوز اسقاط ذلك الحق، و بالتالى لا يفسخ بالردّ و لا تجب الاقالة به.

٢- يسقط بانقضاء المدّة، و عدم ردّ الثمن أو بدله مع الشرط، أو مطلقا على ما عرفت. إنّما الكلام فيما لو كان المردود من غير الجنس أو كان معيبا، فلا شكّ أنّ الأوّل غير كاف إنّما الكلام فى كفاية ردّ المعيب مع قبوله، و عدم التفات المشتري إلى العيب، فهل الفسخ صحيح غير أنّ له حقّ الاستبدال أو أنّ الرد غير متحقّق، لانصراف الشرط إلى ردّ الجنس الصحيح؟ وجهان و الأقوى التفصيل بين ما إذا كان العيب طفيفا يعدّ فى نظر العرف ردّا للثمن، و ما إذا كان الفرق هائلا و كثيرا. و الحاصل أنّه إذا كان الرضا بالمعيب فى نظر العرف رضا بنفس المشروط

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٣
فالحق تحقّق الردّ، بخلاف ما إذا كان الرضا على فاقد الوصف رضا بالبدل فالظاهر عدم تحقّقه.

الأمر السادس: يسقط بالتصرّف:

قد عرفت أنّ التصرّف على وجه الاطلاق، أو المغير، مسقط لخيار الحيوان و المجلس، و هل هو كذلك فى بيع الخيار أو لا؟ لا شكّ أنّ التصرّف فى الثمن الكلى المشخّص فى فرد، لا يسقط الخيار، لشهادة الحال بكفاية ردّ مثل الثمن، و إنّ المراد برّد الثمن هو ردّ مثله، و هو أيضا مورد الموثق «١» أو منصرف اطلاقه.
كما أنّ الظاهر خروج ما إذا كان الثمن معيّنا، و دلّت القرائن على اتّفاق المتعاقدين على ثبوت الخيار مع التصرّف أيضا لما عرفت من أنّ الغرض من البيع، هو التصرّف فى الثمن ثمّ رده باسترجاع المبيع.
كما أنّ الظاهر خروج مورد الثالث عن محطّ البحث أيضا و هو ما إذا تصرّف فى الثمن بنحو يدل على الالتزام بالعقد، كما إذا باع دارا بقرية و أجرى فيها أنهارا و غرس أشجارا، فإنّ ذلك يعرب عن كونه ملتزما ببقاء البيع، و عدم فسخه.
بقى الكلام فيما إذا دلّت القرائن على لزوم ردّ نفس العين فقط، بأن كان الاتّفاق من أوله مقيدا و مضيقا و كان الانتفاع بالعين ممكنا مع عدم التصرّف فيها، لكن تصرّف فيها فحينئذ للمسألة صورتان:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٤٤

١- لو قلنا بأنّ الخيار ثابت قبل الردّ، و أنّ ردّ الثمن قيد للتسلّط على الفسخ فمثل هذا التصرّف مسقط للخيار، أخذا بالضابطة الكلية المستفادة من الروايات الواردة فى خيار الحيوان، و هو أنّ التصرّف المغير كاشف عن الرضا و الالتزام بالبيع.
٢- لو قلنا بأنّ الخيار يحدث برّد الثمن و أنّه لا- خيار قبله، فالتصرّف و إن لم يكن فى ظرف الخيار، لكن شرط الخيار غير متحقّق لكون المفروض أنّ ما هو الشرط، عبارة عن ردّ نفس العين على ما كانت عليه و هو بعد غير متحقّق و لا ممكن و لم يكن ردّ المثل أو القيامه شرطا للخيار، فليس له الفسخ لعدم وجود الشرط.
هذه هى الفروض الذهنية للمسألة و أمّا ما هو المتحقّق فى الخارج هو شهادة القرائن على جواز التصرّف فى الثمن و كفاية ردّ المثل، و غيره نادر لا يليق بالبحث.

الأمر السابع: فى نماء المبيع و حكم تلف العوضين:

إشارة

و إليك صور المسألة:

- ١- نماء المبيع أيام الخيار، أو قبل الفسخ للمشتري، و يكفى فى ذلك ما ورد من الروايات «١».
- ٢- لو تلف المبيع فإن كان قبل الفسخ فهو من مال المشتري، لأنّ المفروض أنّه مالك و قد وقع التلف فى ملكه. أضف إلى ذلك أنّه صريح موثقة إسحاق بن عمار و خبر معاوية بن ميسرة،

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٦٥

ففى الأولى: الغلّة للمشتري ألا ترى أنه لو احترقت لكنت من ماله. و فى الثانى:

قال أبو عبد الله: أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت؟ تكون الدار دار المشتري «١».

و إن كان من بعد الفسخ و صيرورة البيع ملكا للبائع لكن تحت يد المشتري، فيكون ضامنا ضمان اليد، استولى عليه. فعلى اليد ما أخذت حتى تؤدى.

الاستدلال بقاعدة التلف فى زمن الخيار:

ثم إنه ربما يتمسك فى ثبوت الضمان على المشتري فيما إذا كان التلف قبل الرد بقاعدة «التلف فى زمن الخيار من مال من لا خيار له».

يلاحظ عليه: أن المدعى حق و لكن الدليل غير تام، أما أولا: فإنه إنمّا يتم فيما إذا كان الرد قيدا للتسلط على الفسخ لا الخيار، و إلا فلا خيار قبل الرد فيكون التصرف فى زمان اللزوم لا فى زمان الخيار، اللهم إلا إذا قيل بأن المراد من القاعدة:

أن التلف يتوجه على من كان العقد من جانبه لازما، لا-على من كان العقد من جانبه متزلزا فإن البائع و إن لم يكن ذا خيار على القول باشتراط الخيار بالرد، و هو بعد لم يتحقق لكن العقد متزلزل من جانبه، إذ فى وسعه أن يرد فيستحصل الخيار و يفسخ. و بعبارة أخرى: المراد من «الخيار» الأعم من المتصل و المنفصل، فعلى القول بكون الرد قيدا للتسلط على الفسخ، فالخيار متصل. و أما على القول بكونه قيدا لنفس الخيار، فالخيار منفصل. و مضمون

(١)- كان تقدير العبارة هكذا: «من مال من كانت؟ من مال المشتري» فعندئذ تكون الدار، دار المشتري.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٦٦

القاعدة: أن الدرك يتوجه على من لا خيار له أبدا لا متصلا و لا منفصلا و أمّا من له الخيار باحدى الصورتين فذمته بريئة من الدرك. و ثانيا: أن مدرك القاعدة هو الروايات الواردة فى خيارى الحيوان و الشرط، و فى الثانى إذا كان المبيع حيوانا أيضا و أنه لو تلف فى أيام الخيار سواء كان الخيار فيها بجعل الشارع كما فى خيار الحيوان أعنى: «ثلاثة أيام»، أم بجعل المتعاقدين كما فى خيار الشرط، و استفادة الضابطة الكلية من تلك الروايات و تسريتها إلى بيع الخيار فيما إذا كان المبيع غير حيوان أمر مشكل جدا فضلا عن تسريتها إلى سائر الخيارات كالغبن و العيب.

توضيح ذلك: أن أغلب الروايات واردة فى خيار الحيوان «١»، غير رواية واحدة فإن صدرها راجع إلى خيار الحيوان و ذيلها إلى خيار الشرط مع كون المبيع حيوانا و إليك نصّها:

روى ابن سنان عن أبي عبد الله - عليه السلام -، قال: سألته عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري «٢».

و إن كان بينهما شرط أياما معدودة، فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع «٣».

(١)- الوسائل: ج ١٢ الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ١-٥.

(٢)- و رواه الصدوق مرسلا نحوه إلا أنه قال: لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له، و رواه الشيخ مثله إلا أنه قال: و يصير المبيع للمشتري شرط البائع أو لم يشترط.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و نقل ذيله أيضا فى الباب ٨، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٦٧

تري أن صدر الرواية في خيار الحيوان و أن التلف فيه على البائع و الذيل في خيار الشرط، لكن في مورد الحيوان فالتسرية إلى جميع أقسام خيار الشرط فضلا عن سائر الخيارات أمر مشكل و ذلك لما عرفت من أن مورد الروايات هو موت الأمانة و هلاك الدائبة في ثلاثة أيام أو في الأيام المعدودة، و من المحتمل أن يكون لتلف الحيوان خصوصية في توجه الضمان على البائع و هي أن الموت بعد البيع في هذه الأيام يكون مستندا لعلة سابقة على العقد، و إن كان البائع أو المشتري جاهلين، غير أن الموت يكشف غالبا عن سبق هذه العلة، ففي هذا الظرف حكم الشارع على وجه الاطلاق بكون درك الحيوان على البائع من غير فرق بين كون الخيار خيار حيوان أو خيار شرط، لكن في مورد الحيوان، و مع هذا الاحتمال الموجه لا يصح لنا الحكم بالتعميم و التسرية، و أن الحكم ثابت في خيار الشرط، فيما إذا كان المبيع غير حيوان، أو في بيع الخيار مطلقا و لأجل ذلك فالحق الاكتفاء في اجراء القاعدة بالخيارين خيار الحيوان و خيار الشرط و في الأخير بما إذا كان المبيع حيوانا، و استفادة الضابطة الكلية من نقل الكليني «على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري» أو من نقل الصدوق بقوله: «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له» بعيد جدا، خصوصا على احتمال أن لفظه حتى ليست تعليلة، بل لبيان الغاية «١».

و الحق أن في اثبات كون الضمان على المشتري لا نحتاج إلى القاعدة بل تكفي الروايات و لكن العقد جائز لوجهين:

أولا: أن الحكم بلزوم البيع مع وقوعه على أقل من قيمته الواقعية، حكم

(١) - هذا مجمل ما فصلناه في محله.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٦٨

ضررى منفي بأدلة حرمة الضرر، و عدم نفوذه، سواء قلنا: إنه مفاد قوله «لا ضرر و لا ضرار»، أو أنه مفاد سائر الروايات الناهية عن الضرر، و على كل تقدير فالحكم الضررى منفي.

و ثانيا: أن ما ذكره من أن لصاحبه علاقة بمبيعه، و هو لا يبيعه إلا برجاع الاسترجاع و إن كان صحيحا لكنه لا يدل على أنه غمض العين عن ماليتها مطلقا و لو عند التلف الخارج عن الاختيار، فارجاع العين عند الامكان، و استرجاع مثلها أو قيمتها عند عدم الامكان من باب تعدد المطلوب، ففي الظرف الذي يتعاقد المتعاقدان لو سئل البائع عن المبيع أنه إذا تلف لا بتقصير من المشتري فهل ترضى بالثمن المأخوذ، فهو يرجع و يجب بالنفي، و هذا دليل على تعدد المطلوب، فالظاهر بقاء الخيار مع تلف العين، و قد عرفت أن الخيار يتعلق بالعقد، و لو قلنا بأنه يتعلق بالعين، فإنما يتعلق بها بمراتبها، كما قرّر في محله.

٣- إذا تلف الثمن فإن كان قبل الفسخ فمقتضى القاعدة كون التلف من البائع و قد تلف تحت يده، فتضمن الغير يحتاج إلى دليل قاطع، و احتمال الشيخ الأعظم كونه من المشتري و إن كان ملكا للبائع أخذ بقاعدة «التلف في زمان الخيار، ممن لا خيار له» و قد عرفت الكلام فيه، و الفوارق الموجودة بين موردها و المقام، أضف إليه هنا أمرا آخر، و هو أن موردها هو تلف المبيع، و المفروض في المقام تلف الثمن، فكيف تستظهر عمومية القاعدة.

و أمّا الاستدلال على كون التلف من البائع بقاعدة «الخارج بالضمان» بضميمة كون النماء له بحجة أن معنى النبوى أن الخارج في مقابل ضمان العين فيما أن الخارج للبائع فالضمان له أيضا، فضعيف جدا لأنه لو أخذ بإطلاق القاعدة

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٦٩

لزم كون خراج المغصوب لغاصبه بحجة أنه ضامن له - كما أخذ به أبو حنيفة حسب بعض الروايات «١» مع أنه بين البطلان، و إن خصّص بالمالك، يكون معناه الخراج في مقابل ضمان المالك لماله، و اطلاق الضامن على المالك غير متعارف. لأن الضمان هو العهد و الضامن هو المتعهد و لا يطلق على المالك أنه متعهد لماله و ضامن له، و لعل للنبوى معنى آخر، لا صلة له بباب الغرامات، و

من المحتمل أنه راجع إلى الأراضى الخراجية، و أن خراج الأرض فى مقابل التعهد، يدفعه متقبل الأرض للإمام أو السلطان و هو المسئول عن الأرض و خراجها، دون من لم يتعهد.

ثم إنه لا فرق فى ضمان الثمن على البائع مطلقا إذا تلف قبل الفسخ بين كونه قبل الردّ و الفسخ أو كان بعد الردّ و قبل الفسخ، أخذا بمقتضى القاعدة العقلانية من أن تلف المال على المالك إذا تلف تحت يده، و إنما يفرق بينهما لو قلنا بشمول قاعدة: «التلف فى ضمان الخيار ممن لا- خيار له» للمقام، فلو قلنا بأن الرد قيد للخيار، فلو تلف قبل الرد، فقد تلف فى زمن اللزوم فالضمان على البائع، بخلاف ما لو تلف بعد الرد فقد تلف فى أيام الخيار فالضمان على المشتري.

و شمول القاعدة للثمن و إن كان ممنوعا لما عرفت من اختصاص مدرك القاعدة بالمبيع أولا- و كونه حيوانا ثانيا، لكنّه لو قلنا بالشمول لا فرق بين الصورتين، و إن قلنا بأن الرد قيد للخيار، لما عرفت أن الميزان كون المعاملة لازما من أحد الطرفين دون الآخر و فى المقام العقد من جانب المشتري لازم بخلاف البائع، و إن شئت قلت: يكفى فى دفع الضمان وجود الخيار بالقوة و إن لم يكن بالفعل.

(١)- الوسائل ج ١٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٠

الأمر الثامن: فى الردّ على المالك و وكيله و الولي:

لا اشكال فى صدق القدرة على الفسخ بردّ الثمن إلى نفس المشتري، و إنما الكلام فى صدقه على الردّ إلى وكيله المطلق أو الحاكم أو عدول المؤمنين، و بما أن هذا الخيار جعلى، يجب علينا إتباع كيفية الاتفاق، فلأجل ذلك يجب أن يلاحظ صورة العقد و التعاهد، فأليك صورته:

١- إذا اشترط كفاية الردّ إلى المشتري و وكيله و وليه، و وارثه، يكفى الرد إلى الجميع. و مثله ما إذا كان ذكر واحد منهم من باب المورد لا من باب القيد.

٢- إذا اشترط الردّ إلى نفسه بنحو التقييد على نحو لا يعتد بالردّ إلى غيره أيا كان فلا يتحقق الشرط إذا ردّ إلى غيره، و على ذلك لو امتنع الردّ إلى شخصه لغيبته أو جنونه أو موته أو غير ذلك يسقط الخيار إذا انقضت المدّة و لم يتحقق الشرط.

فإن قلت: لما ذا لا يجوز الردّ إلى وكيله المطلق إذا قلنا بأن الوكالة تنزيل الوكيل منزلة الموكل ذاتا و فعلا أو فعلا فقط، فعندئذ يكون الردّ إليه ردّا إلى الشخص؟

قلت: إن هذا إنما يكفى، إذا اتفقا على كفاية الردّ على الشخص الأعم من الحقيقى أو التنزيلي و أمّا إذا اتفقا على شخصه الحقيقى فقط من دون أن يعم الشخص الاعتبارى فلا.

فإن قلت: لما ذا لا- يكفى الردّ إلى الوارث لأنّ المال على أى حال ينتقل إلى الوارث على نحو كان لمورثه فالرد إليه كالرد إلى مورثه؟

قلت: المال و إن كان ينتقل إلى الوارث، و لكن الكلام فى تحقق الشرط بالردّ

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧١

إليه، مع تقييده الردّ إلى الشخص، فانتقال المال إلى الوارث لا يكون دليلا على كفاية الردّ إليه.

٣- إذا أطلق الردّ إلى نفسه من دون تعميم فى الكلام و لا تقييد بالشخص، و لم يعلم أن ذكره من باب المورد فيكفى الردّ إلى الوكيل المطلق لو كان أو إلى الحاكم الشرعى أو من باب القيد فلا يكفى ما ذكر، الظاهر هو الثانى.

و ربما يعلل عدم الكفاية بأن الأدلة الدالة على ولاية الحاكم أو الوكيل لا تشمل ما ليس للموئى عليه أو الموكل مصلحة فيه، فقبضهما ليس قبضا للمشتري حتى يكون المدفوع ملكا للمشتري فيجب عليهما حفظه و يرد المبيع إلى البائع.

و ربما يجاب بأنه لو فرض اطلاق الوكالة لما له و عليه كما هو المفروض فى المقام فقبضه يكون قبض الموكل، و أما ولاية الحاكم فلا تختص بما للموئى عليه فيه مصلحة و لذا ينفق على زوجة الغائب من ماله.

و الأولى أن يقال فى عدم كفاية الرد إلى الوكيل و الوئى، هو أن المنشأ فى العقد مضيق بالذات، و ذلك لأنه شرط الرد إلى نفسه، فهو و إن كان غير مقيد بالشخص و لا مطلقا و معمما بالنسبة إلى الشخص و غيره، و لكنّه على نحو لا يصدق إلا على نفسه، فكفاية الرد إلى الغير لم ينشأ فكيف يكتفى به؟ فتصور أن الوكيل وجود تنزيلي للموكل و أن الحاكم يقوم بشئون الموئى عليه، لا يفيد فى المقام إذا كان المنشأ مضيقا بالذات غير صادق إلا على الدفع إلى الشخص.

ثم إذا توئى واحد من الأب أو الجد أحد طرفى العقد، فهل يجوز للبائع أن يرد إلى الوئى الآخر الذى لم يكن متوئيا للعقد، كما لو اشترى الأب للطفل بخيار

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٢

البائع فهل للبائع الرد إلى جد الطفل أو لا؟ الظاهر هو الجواز، لولاية كل منهما على الطفل فى عرض الآخر، و هذا بخلاف ما لو اشترى الحاكم للطفل بخيار البائع، فليس للبائع الرد إلى حاكم آخر، لأن ولاية الحاكم الثانى محددة بالمال الذى لا وئى له، و المفروض أن الحاكم الأول وضع يده عليه، فخرج عن كونه مالا بلا وئى، و بعبارة أخرى ولاية الحاكم فى تلك الموارد محدودة بالأمر التى لم يتكفلها أحد، فإذا كان للأمر متكفل، فليست له هناك ولاية فعليه.

الأمر التاسع: فى أقسام رد الثمن و حكمها:

١- إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن، فالمتبادر منه عدم التمكّن من الفسخ إلا برد الثمن جميعا، و أولى منه إذا صرح بذلك. فلو رد البائع بعض الثمن و الحال كذلك فلا يخلو إما أن يدفع بعنوان الأمانة، إلى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ، فيكون حينئذ أمانة عند المشتري لا- يضمنه إنما مع التفريط، و إما أن يدفع إليه بعنوان كونه ثمن مع أن الثمن هو المجموع، فلو قبضه المشتري يكون مقبوضا بالقبض الفاسد، لأن المفروض أن الشرط لم يتحقق حتى يكون ثمن و من جانب آخر أن البائع دفعه بذلك العنوان، فيكون الاقباض و القبض معاوضيا و تصير يده عليه يد ضمان كالمقبوض بالبيع الفاسد، فلا يجوز له التصرف فيه مطلقا، و يضمن لو تلف أخذنا بمفاد قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

٢- و لو شرط خيار الفسخ برد بعض الثمن بمعنى أن رد البعض كاف فى تحقق شرط الخيار أو التسلّط على الفسخ جاز، لما عرفت: أن هذا الخيار و توابعه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٣

يتبع كيفية الجعل و الاتفاق، و عندئذ ترجع العين إلى البائع، و تبقى بقية الثمن على ذمته.

٣- لو شرط البائع الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع، فلو رد البقية إلى انقضاء المدّة يفسخ الجميع، و إلا يصير المبيع مشاعا. ثم إنه لو صرحا بانحلال العقد و امكان تبعضه فهو، و إلا فللمشتري الخيار، لأن المفهوم- عند عدم التصريح بالانحلال- هو اشتراط فسخ الكل و لكن جزءا فجزءا، لا خيار الفسخ كلاً أو جزءا.

و أمّا ما هو سببه فهل هو لأجل وجود شرط ضمنى فى العقد و هو كون مجموع المبيع بوصف اجتماعه مقابلا لمجموع الثمن كما عليه المحقق النائنى، أو أن خيار تبعض الصفقة خيار مستقل لا صلة له بخيار الشرط؟ الظاهر هو الثانى لأنه لو كان الخيار من أجل الشرط الضمنى لكان الخيار خيار تخلفه لا تبعض الصفقة، بل الحق أن الخيار هنا هو خيار تبعض الصفقة، و وجه ذلك هو أن المنشأ

مضيق من أول الأمر لأنهما اتفقا إما على أن يكون جميع المبيع للمشتري إذا لم يفسخ أو جميعه للبائع إذا فسخ، فكون المبيع مشاعا و مشتركا بينهما الذى هو نتيجة فسخ البعض دون بعض مما لم ينشأ و لم يتفقا عليه فكيف يمكن أن يجبر المشتري على قبوله، فلو أريد من كونه من باب تخلف شرط ضمنى فى العقد ما ذكرناه فنعلم الوفاق، و إلا فالظاهر أنه من باب تبعض الصفقة الذى يتلقاه العرف خيارا مستقلا و مباينا لما اتفقا عليه.

هذه هى صور المسألة و أحكامها غير أن صاحب المستند قال بطلان غير الفرض الأول قائلا بأن الحكم على خلاف القاعدة، و مورد النص غير هذه الصورة، و أدلة الشروط ليست جارية لأن شرط الخيار مخالف للسنة، و إنما جوزناه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٤

فى المقام من جهة النصوص الخاصة «١».

يلاحظ عليه: أنه مبنى على ما فهمه من أن بيع الخيار على خلاف السنة فلازم ذلك هو الاكتفاء بمورد النصوص، و أما على المختار من كونه على وفق القاعدة فلا.

ثم إن تصوير القسم الأخير و هو الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن ليس بأمر مشكل و الذى يقرب ذلك تقسيم تحرر المكاتب إلى مشروط و مطلق، ففى الأول لا- يتحرر ما لم يؤد الجزء الأخير من الثمن، بخلاف الثانى، فالتحرر هنا يتحقق بمقدار ما أدى من الثمن، و ليس ذلك لأجل أن العقد الواقع على شىء، قابل للتحليل إلى عقود كثيرة حسب تحليل المعقود عليه، فإن ذلك مما لا يقبله الذوق و لا يتلقاه العرف صحيحا، فمن باع دارا فإنما باع شيئا واحدا و أوقع عقدا واحدا، بل الانحلال لأجل أن الالتزام و إن كان شيئا واحدا، و الانشاء أمرا فarda إلا أن المتعلق لما كان مركبا و متكررا فهو يكون قابلا للتجزئة فيفسخ فى جزء و يبقى فى جزء آخر، و تحليل الأمور الاعتبارية لا يبتنى على الدقائق الموجودة فى التكوين.

الأمر العاشر: فى جواز اشتراط الفسخ للمشتري:

إذا كان بيع الخيار مطابقا للقاعدة فكما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراطه لكن برد المثل، و أما على قول صاحب المستند فلا يصح التعميم لأنه على خلاف القاعدة، و قد عرفت الاشكال فيه، و على هذا فيجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله عند ما يجوز ردّ البدل.

(١)- مستند الشيعة: ٢٨٤ / ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٥

فإذا صح اشتراط الفسخ من جانب المشتري فمقتضى الاطلاق ردّ العين، فلو تلفت سقط الخيار لعدم التمكن من الشرط، و لا يكفى ردّ البدل، لانصراف الاطلاق فى باب المبيع إلى ردّ نفسه، عكس الاشتراط فى ردّ الثمن، فالاطلاق فيه ينصرف إلى الاكتفاء بردّ المثل أيضا لأن الغرض منه هو التصرف فى الثمن أولا و عدم التفاوت بين العين و المثل فى الأثمان ثانيا، بخلاف العين. نعم إذا كان المبيع من المنتجات الصناعية التى لا يميز العين عن المثل فيها بنحو من الانحاء، فلا يبعد الاكتفاء بردّ البدل عند تلف العين.

هذا كله إذا أطلق ردّ العين، و أما لو صرح بكفاية البدل عند عدم القدرة على العين لتلفها أو تعذر الوصول إليها، فيكفى ردّ البدل، و علله الشيخ بقوله:

لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار بردّ المبيع عند وجوده، و بدله عند تلفه.

و هل يجوز اشتراط ردّ بدله و لو مع التمكن من العين أو لا-؟ ذهب شيخنا الأعظم إلى الثانى قائلا بأنه خلاف مقتضى الفسخ، لأن

مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه، فاشترط البديل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع، بل ليس فسحا فى الحقيقة. و حاصله أنه خلاف مقتضى الفسخ.

يلاحظ عليه: بما عرفت سابقا من أن رجوع كل من العوضين إلى صاحبه ليس من آثار مطلق الفسخ حتى فيما إذا صرح بالخلاف، و جواز الاكتفاء بالبديل بل من آثار الفسخ المطلق، بمعنى أنه لو شرط الفسخ برد المثل و سكت عن التقييد، فمقتضاه رد كل من العوضين إلى صاحبه، لا ما إذا شرط الفسخ و صرح بالاكتفاء بالبديل و إن تمكّن من رد العين، فإن مال ذلك هو شرط جواز افرغ الذمة بالبديل، فإن ذمة المشتري و إن كانت مشغولة بالعين ما دامت موجودة،

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٦

و لكنّه يشترط على البائع فى ضمن العقد بلزوم اكتفائه فى مقام الافراغ، ببديلها دون نفسها، و هذا مثلما إذا كان لزيد على عمرو دنانير، فيشترط فى ضمن العقد بالاكتفاء فى مقام الافراغ بالدرهم مكان الدنانير.

و قد تبّه الشيخ بذلك فى الفرع الآتى و إن غفل عنه فى المقام، و إليك نصّه، قال:

لو اشترط ردّ التالف بالمثل فى القيمي و بالقيمة فى المثلى، أمكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط ايفاء ما فى الذمة بغير جنسه، لا اشتراط ضمان التالف المثلى بالقيمة، و القيمي بالمثل، و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد «١» إلى البائع، فتأمل.

يلاحظ عليه: أولا: أنه ليس ضمان المثلى بالمثلى، أو القيمي بالقيمة، حكما شرعيا ثابتا بالكتاب و السنة حتى يكون اشتراط خلافه شرطا على خلاف الكتاب و السنة، نعم هى قاعدة عقلانية اتفقوا عليها فى باب المرافعات و الخصومات، و بما أنه لم يردع عنها الشارع، يكون حكما امضائيا للشرع.

و ثانيا: أنه إذا صحّ افرغ الذمة بغير ما اشتغلت به أولا فى المقام بحجّه أن الهدف من الشرط ليس هو تعديل التشريع الممضى، بل الطرفان يسلمان على أن المثلى يضمن بالمثلى، و القيمي بالقيمة، غير أنّهما يتفقان بعد تسليمه على جواز ايفاء ما فى الذمة بغير جنسه- لو صحّ ذلك- فليصحّ ما ذكرناه فى الفرع المتقدم من جواز اشتراط ايفاء ما فى الذمة من الاشتغال بالعين ببديلها، إذ ليس الشارطان يهدفان إلى تعديل الحكم الشرعى، بل يسلمان أن الذمة مشغولة بردّ العين أولا، و لكن يشترطان الاكتفاء فى مقام افرغ الذمة بردّ بدلها مع التمكّن منها.

(١)- كذا فى النسخ، و الأولى أن يقال: الفسخ، مكان العقد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٧٧

الأمر الحادى عشر - شرط الخيار فى العقود و الايقاعات:

إشارة

لا شك فى صحّة شرط الخيار فى البيع، و ما أشبهه من العقود اللازمة كالاجارة و المزارعة و المساقاة. إنّما الكلام فى صحّة جعله فى غيرها، فيقع الكلام فى مواضع:

١- حكم الخيار فى الايقاعات.

٢- حكم الخيار فى العقود الجائزة.

٣- حكم الخيار فى بعض العقود اللازمة.

فنقول: قبل الخوض فى المقصود نذكر ما هو مقتضى القاعدة.

مقتضى القاعدة: عدم صحّة خيار الشرط في العقود و الايقاعات إلّا فيما إذا أحرزت مشروعية الفسخ فيه، فكل مورد احرزت مشروعيته فيه، يجوز شرطه في الانشاء، و لا يصحّ التمسك بإطلاق أدلّة الشروط في اثبات مشروعيته، و ذلك لأنّ أدلّة الشروط كأدلة النذر و العهد، ليست مشرّعة حتى يصحّ بها اشتراط ما لم تحرز مشروعيته، و إنّما دورها ايجاب العمل بما ثبتت مشروعيته، و على ذلك فكلّ ما شكّ في مشروعية شيء في حدّ ذاته أو مشروعية أخذه في الانشاء، لا يصحّ التمسك بإطلاق أدلّة الشروط كما هو واضح. فنخرج بهذه النتيجة: أنّه لا بد في اثبات مشروعية الفسخ في العقود و الايقاعات من دليل وراء أدلّة الشروط و مع الشك فيها، لا يترتب عليه الأثر.

إذا عرفت ذلك فنقول:

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٧٨

الموضع الأول: حكم الخيار في الايقاعات:

إشارة

هل يصحّ شرط الخيار في الايقاعات أو لا؟ نقل الاتفاق على العدم و علل المحقق النائيني عدم الصحّة بوجهين:

١- الخيار هو ملك الالتزام، و ليس في الايقاعات أى التزام و عهد من الموقع، و لم يلتزم بالتزام عهدي أو عقدي «١».

يلاحظ عليه: أنّ الخيار هو السلطنة على الفسخ و الاقرار، و ليس الالتزام داخلا في مفهومه، و على ذلك فمن له سلطنة الهدم و الاقرار فهو ذو الخيار سواء كان المتعلّق عقدا أو ايقاعا، فكما للعقد هدم و اقرار، فهكذا للايقاع.

أضف إلى ذلك: لو سلّمنا دخول الالتزام في مفهوم الخيار فأى مانع من القول بوجود الالتزام في الايقاع، فالمطلق ملتزم بخروج زوجته عن حبالته شرعا و قانونا، و المعتق ملتزم بحرية عبده، فلو شرط الخيار كان معناه أنّه يملك هذا الالتزام هدمًا و اقرارا.

٢- ليس الشرط مجرد ذكر شيء منضمًا إلى آخر كما لو قيل: بعتك الدار و آجرتك البستان، بل يجب أن يناط المنشأ به، و في الايقاعات لو أنيط أصل المنشأ به بطلت، للتعليق، و لو ذكر غير مرتبط بالمنشأ فهو الشرط الابتدائي الذي لا يجب الوفاء به، لكونه حينئذ مجاتيًا و بلا عوض، و غير منضم إلى أحد الطرفين «٢».

يلاحظ عليه: أنّه لو صحّ ذلك لزم بطلان خيار الشرط في العقود أيضا لأنّ إناطة المنشأ بالشرط، يستلزم التعليق و هو مبطل عند القائل بالتنجيز، و الحل

(١)- منية الطالب: ج ٢ ص ٥٥.

(٢)- منية الطالب: ج ٢ ص ٥٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٧٩

أنّ المبطل حسب القاعدة هو تعليق الانشاء لا المنشأ، و المقام من قبيل الثاني لا الأوّل إلّا إذا دل دليل على البطلان فيه أيضا.

ثمّ إنّ سيدنا الأستاذ- قدس الله سرّه- ذكر وجهين آخرين لبطلان خيار الشرط في الايقاعات، و إليك حاصلهما:

١- إنّ الشرط على ما يظهر من اللغويين الزام و التزام في البيع و نحوه، و الظاهر من الظرف أن يكون البيع حاويا له، أى يقع الشرط في ضمنه و خلاله، بحيث يدعى أنّه ظرفه و أنّه فيه، و من المعلوم أنّ الايقاع لا يعقل فيه ذلك فإنّه لا يعقل أن يرتبط به الشرط الواقع بعده أى بعد تماميته عنوانا و تأثيرا فضلا عن أن يكون في ضمنه و خلاله «١».

يلاحظ عليه: أن مراد اللغويين من قولهم الزام و التزام فى البيع هو اخراج الشروط الابتدائية و أنه يجب أن يكون الشرط تابعا للبيع و نحوه فى الالتزام لا التزاما مستقلا، و من المعلوم أنه يكفى فى التبعية كون الشرط من قيود المنشأ و فروعه، و أما كونه داخلا فى المنشأ و عدم كفاية التبعية فهو أمر غير ظاهر من كلامهم.

و لو صح ما ذكره يبطل كل شرط فى الايقاع، سواء كان الشرط خيار الفسخ أو غيره، و ان معناه أن الايقاع لا يقبل الاشتراط على وجه الاطلاق، و هو كما ترى، و ستوافيك بعض الروايات المشتملة على الشرط فى الايقاع فى بابى الوقف و العتق، و إن قام - قدس الله سره - بتأويل هذه الروايات و أنها من قبيل الاستثناء من أول الأمر، لا الاشتراط فى الايقاع و ما هو إلا لأنه قد أخذ موقفا مسبقا فى الايقاعات فالتجأ إلى التأويل، و إنما فأى محذور فى إنشاء ايقاع مشروط كانشاء عقد مثله، و ليس الايقاع إلا مثل العقد من الأمور الاعتبارية التى لا يشترط فى صحتها إلا

(١) - كتاب البيع: قسم الخيارات ج ٤ ص ٢٥٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٨٠

كونها معتبرة عند العقلاء، و مترتبا عليها الأثر، فالتزام كون الشرط داخلا فى المنشأ لا خارجا عنه و عدم كفاية التبعية كما ترى.

٢- أن الخيار إنما يصح فى العقود لأنها أمور اعتبارية باقية لدى الشرع و العرف اعتبارا و لهذا نرى ثبوت الخيار فيها عند العرف و الشرع، و منه يستكشف أنها موجودة عندهما فيصح فسخه و حله، و أما الايقاعات فلا دليل على بقائها الاعتبارية عند العقلاء أو الشرع بل الظاهر عدم اعتبارهم ذلك، و معه لا معنى لحله أو رفعه، و الشك فى ذلك كاف فى عدم ثبوته.

يلاحظ عليه: أنه لم يظهر الفرق بين العقود و الايقاعات حيث ادعى أن المنشأ له بقاء فى الأول دون الثانى مع أنهما متساويان فى المقام، فإن أريد بقاء الانشاء اللفظى فهو معدوم فى كليهما، و إن أريد المنشأ الاعتبارية، فله بقاء عند العرف مطلقا، فالمرأة المطلقة، مطلقة إلى آخر حياتها، و العبد المعتق حر كذلك. فللطلاق و العتق بالمعنى الاسمى نوع بقاء و مثله الابراء بالمعنى الاسمى لا المصدرى، فذمة المشغول بعد الابراء بريئة فى حال الانشاء و بعده.

و الحاصل: أن هذه الوجوه التى تبتنى على دقائق فلسفية لا يصح أن تقع أساسا للحكم الشرعى، فإن الأحكام الشرعية مبنية على أمور عرفية واضحة لدى العامة. و الأستاذ - قدس الله سره - إنما وصل إليها بعد رياضة علمية و مجاهدات ذهنية عميقة. و الذى يمكن أن يقال: إنه لا بد أن نلاحظ كل نوع من الايقاع برأسه، و نقف على قضاء العرف و الشرع فى مورد، و ليست هناك ضابطة كلية صادقة فى جميع الموارد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٨١

بطلان شرط الفسخ فى القربات:

أما العتق و الصدقة و الوقف فإنها أمور قربية من شأنها أن تكون متمحصنة فى الله سبحانه، و ما كان كذلك فشرط خيار الفسخ فيه (لا مطلق الشرط) لا يناسب طبعها و شأنها، و لذلك تضافرت الروايات على أن «الصدقة لله عز و جلّ فما جعل لله عز و جلّ فلا رجعة فيه» و فى رواية أخرى عن رسول الله:

«إنما مثل الذى يتصدق بالصدقة، ثم يعود فيها مثل الذى يقبى ثم يعود فى قبته» (١).

لا أقول إن شرط الفسخ يصاد القربة، بل المراد أن الصدقة و العتق و الوقف، اخراج للمال عن الملكية، و بذل له فى سبيل الله، فشان عمل مثلها، هو الاخراج و الاعراض لا العود إليه ثانيا بالفسخ و الرجوع و بالتالى ابطاله و بالنتيجة فهذه النكته تصد العقلاء من تصحيح

خيار الفسخ فيه و إن لم يكن مانعا من القرية.

نعم الذى ينفياها هو شرط الرجوع فيما بذله فى سبيل الله لا مطلق جعل شرط فيه، و لذلك جاء جعل الشرط فى الوقف و العتق، أما الأول فما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عميا أوصى به على - عليه السلام - و قضى و جاء فيها: «فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه...» (٢) و ليس مثل هذا الشرط رجوعا و لا منافيا، لقوله «فما جعل لله عزّ و جلّ فلا رجعة فيه» لأنه إنّما ينافى إذا شرط بيع الواقف لصالح نفسه، لا يبيع الموقوف عليه عند حاجته فإنّ مثل ذلك

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب الوقوف و الصدقات، الحديث ١ و ٢ و غيرهما.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب الوقوف و الصدقات، الحديث ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٨٢

يعد من انتفاع الموقوف عليه من الأصل كانتفاعه من الفرع.

و أما الثانى فقد تضافرت الروايات على جعل الشرط فى العتق. و فى نفس هذه الرواية «إنّ ما كان لى من مال «ينبع» يعرف لى فيها و ما حولها، صدقة و رقيقها- غير «أبى رباح» و «أبى نيزر» و «جبير»- عتقاء ليس لأحد عليهم سبيل فهم موالى، يعملون فى المال خمس حجج. و منه نفقتهم و رزقهم و رزق أهاليهم».

و روى عبد الرحمن بن أبى عبد الرحمن عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال:

«أوصى أمير المؤمنين فقال: إنّ «أبا نيزر» و «رباحا» و «جبيرا» عتقوا على أن يعملوا فى المال خمس سنين» (١). و قد استفاضت الروايات على جواز العتق و شرط العمالة عليه (٢) و لا يعد مثل ذلك رجوعا فى الصدقة و إنّما هو تضيق للمبذول من أول الأمر بصورة الشرط فإنّ منافع العبد لمولاه فله بذل جميعها و قبض بعضها و كونه استثناء أو شرطا، ليس له تأثير فى المقام.

هذا كله فى هذا القسم من الايقاعات و أمّا غيرها كالطلاق، فلا يصحّ فيه شرط الخيار، و ذلك لأنّ الزوج أرفع شأنًا من أن يتساوم معها الزوج كتساوم المتعاملين فيطلق بشرط خيار الفسخ و لأجل الاشعار بكرامتها و ترفعها نرى أنّ للطلاق و النكاح مراسم بين الأمم جميعا كل ذلك يعرب عن ترفع شأنها، و أهمية الأمرين قال سبحانه: الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْتِسَانٍ (البقرة/ ٢٢٩) غير أنّه لأجل صيانه العلقه بين الزوجين، جعل للرجل حق الرجوع من دون أن يشترطه و هو فى الحقيقة تمسك بالزوجية التى كانت فى مظنة الزوال لو لا التدارك بالرجوع.

(١)- الوسائل: ج ١٦، الباب ١٠ من أبواب العتق، الحديث ١.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١٢ من أبواب العتق، الحديث ١ و ٢ و ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٨٣

بقى الكلام فى الصلح و الابرء، أمّا الأول: فلو كان فى مقام المعاوضة يدخل فيه الخيار بلا اشكال، و أمّا لو كان فى مقام الابرء، كالصلح قبل ثبوت الحق فلنمافاته لحكمة التشريع، فإنّه لقطع النزاع، و اشتراط الخيار إعادة للنزاع، و هذا و إن كان حكمه و لا يدور الحكم مدارها، لكنّها كافية لأن تقع سببا لانصراف أدلّة خيار الشرط عن مورده على وجه يتجلى شرط الفسخ أمرا منافيا لمضمونه عند العرف، و منه يظهر حال الابرء مضافا إلى أنّه كرامه من المبرئ، و لا كرامه فى شرط الرجوع.

هذا كله فى الايقاعات و قد علمت أنّه لا ضابطه كليه تدل على عدم صحّة جعل الخيار فيها، و إنّما الملاك ملاحظة كل نوع بخصوصه حسب مضمونه و ملاك تشريعه.

الموضع الثاني: حكم الخيار في العقود الجائزة:

إنّ العقود الجائزة على قسمين: قسم لا يعترىها اللزوم في حال من الأحوال كالأحوال كالوكالة و الوديعة و الهبة غير المعوضة إلى غير ذى الرحم، فجعل خيار الشرط فيها لغو إلا أن تصير لازمة بالعرض فحينئذ يجوز اشتراط الخيار فيها في ضمن عقد آخر و توهم أنه يجب على هذا عدم اجتماع الخيارين في عقد واحد كالمجلس و الحيوان، و الغبن و العيب، فإن أحدهما يغني عن الآخر، مدفوع بالفرق بين المقام، و ما عطف عليه، فإن خيارى المجلس و الحيوان من قبيل الحقوق، و مثله خيار العيب و الغبن، فيجوز إسقاط أحدهما و ابقاء الآخر، و هذا بخلاف الجواز في هذه المعاملات، فإنه حكم غير قابل للإسقاط و معه لا حاجة لجعل الخيار، و بالجملة العقد الذى هو جائز بالذات ما لم يعرض عليه عنوان موجب للزوم، لا حاجة

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٨٤

لجعل الخيار.

و أمّا القسم الثانى، أعنى: ما ربّما يطرأ عليها اللزوم و لو في بعض الأحوال كالهبة إلى ذى رحم أو مطلق الهبة إذا تصرف فيها الموهوب له، فجعل الخيار فيها و إن كان غير لغو لكنّه إنّما يصحّ إذا كان اللزوم فيها لزوماً حقياً لا حكماً شرعياً غير قابل للإسقاط و التغيير، و هو ليس ببعيد كما سيوافيك.

الموضع الثالث: حكم الخيار في العقود اللازمة:

لا- شك في جواز جعل الخيار في العقود اللازمة ما لم يقترن بمانع، كالبيع و الاجارة و المضاربة و المساقاة و المزارعة و ما أشبهها. إنّما الكلام في بعض المصاديق و إليك الكلام فيها:

١- النكاح: إنّ النكاح عقد لازم و لكن لزومه حكمى لا- حقى، شرعى لا- جعلى، باشتراط المتعاقدين، و الانسان يلمس ذلك من المرتكزات العرفية فإنّ النكاح بين الأمم و الشعوب أعلى من أن يتعامل معه معاملة سائر العقود، و لأجل ذلك له مراسيم بين الأمم كما أنّ انحلاله أيضاً مراسيم، و هذا يعرب عن أنّ المتدينين يتلقون لزومه من جانب الشرع و ربّ الزوجين، كما أنّ غيرهم يتلقونه أمراً مهمّاً من المجتمعات، فعلى ذلك فليس الوجوب حقاً للزوجين حتى يكون انحلاله بيدهما بل شرعى لا يقبل الانحلال إلا بما جعله الشرع سبباً له.

و يقرب من ذلك الهبة إلى ذى الرحم، و الهبة عند تصرف الموهوب له فيها، فإنّ اللزوم فيها حكمى لا حقى، فلأجل صيانته مقام الرحم حرم الرجوع، و لأجل دفع العسر و الحرج و قطع النزاع، حكم باللزوم عند تصرف الموهوب له، فمثل ذلك لا يقبل جعل الخيار.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٨٥

إنّما الكلام في الضابطة الكلية لتمييز اللزوم الحكمى عن اللزوم الحقى، فقال المحقق النائنى: إنّ اللزوم في النكاح ناش عن حكم الشارع بلزوم نفس عنوان العقد لا- عن التزام المتعاقدين، و بعبارة أخرى: كل لزوم نشأ من: أو فوّا بالعقود فهو حقى و كلّما نشأ من نفس العنوان فهو حكمى، و بعبارة ثالثة: إنّ اللزوم إذا كان ناشئاً عن حكم الشارع بلزوم نفس العنوان فهو حكمى، فكون رفع النكاح موقوفاً على الطلاق شرعاً كاشف عن أنّ رفعه ليس بيد المتعاقدين، و يدل عليه عدم مشروعية الإقالة فيه، فإنّها و الخيار توأمان، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك فإنّ لزومه حقى «١».

يلاحظ عليه: أنّ تمييز اللزوم الحكمى عن اللزوم الحقى بما ذكره لا يزيد إلا إبهاماً، إذ من أين نقف على أنّ اللزوم في معاملة خاصية نشأ من حكم الشارع بلزوم نفس العنوان أو من التزام المتعاقدين. و الأولى استكشافه من طرق أخرى، كملاحظة طبع المعاملة «٢» من

علو مقامها و قد استهنا لدى العرف من أن تخضع لخيار الشرط كالنكاح أو لمخالفته لما هو الغاية من المعاملة، كجعله في عقد الرهن فإن تسلط الراهن على العين المرهونة لا- يجمع مع غرض المرتهن، أو لاستنكار العرف كالهبة لذوى الرحم، إلى غير ذلك من الامارات و القرائن التي تثبت كون اللزوم حكما كما هو الحال في الأمثلة الآتية.

ثم إن كون لزوم النكاح حكما لا ينافي الرجوع في العدة الرجعية، و الفسخ بالعيوب، فإن الأول تمسك بالزوجية قبل زوالها لا أنه ذو خيار بل أن الطلاق في الرجعية إنما يؤثر إذا خرجت عن العدة و لم يرجع إليها الزوج، فالرجوع تنتفى العلة

(١)- منية الطالب: ٥٦ / ٢.

(٢)- و قد عرفت أنه الميزان أيضا لتمييز اللازم عن الجائر أيضا، و قد مر تفصيله في الفصل الأول.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٨٦

التامة للطلاق، فكأن النكاح كان أمرا في حال الذوبان و الانحلال، فرخص الشارع للزوج أن يخرج عن هذه الحالة، و أما الفسخ بالعيوب فهو استثناء عن اللزوم الشرعي. و قد قدمنا الكلام في ذلك في صدر الكتاب.

٢- الرهن و الضمان و الحوالة و الكفالة: فالظاهر عدم جواز خيار الشرط فيها، لأن جعل الخيار فيها ينافي الغرض المقصود، لأن غرض المرتهن من الرهن هو كسب الوثوق، و مع جعل الخيار يزول هذا الغرض، كما أن غرض المضمون له من التضمين بعد فراغ ذمة المضمون عنه، هو الرجوع إلى الضامن، فلو شرط الضامن الخيار في الضمان لغى التضمين، و مثله الكفالة، و تصور أن الأغراض دواع و حكم لا علة و مناطات غير مضر لما عرفت من أن كون الداعي من هذه المعاملات هو كسب الوثوق و الاطمئنان، يوجب انصراف أدلة الخيار عن هذه المعاملات، و كون هذه المعاملات غير قابلة للخيار في نظر العقلاء.

٣- و بذلك يظهر عدم صحة جعل الخيار في القرض، لأن الغاية من الاقتراض هو رفع الحاجة و جعل الخيار و لزوم رجوع العين أو بدلها قبل الأجل لا يجتمع مع هذه الغاية، و هو كاف في سببه الانصراف.

٤- و أما المعاطاة فيجوز فيها جعل الخيار و تصور أن السبب القولي لا يرتبط بالسبب الفعلي كما ترى، و ذلك أن الارتباط المطلوب، ليس هو الارتباط التكويني بل الاعتباري، و يكفي في ذلك البيان باللفظ.

٥- الجعالة و السبق و الرماية، الظاهر عدم صحة شرط الخيار فيها فإنها قبل العمل ما لم يصل إلى النتيجة عقود جائزة، و بعدها عقود لازمة غير قابلة للفسخ.

ثم إن الشيخ الأعظم ذكر ضابطة في تمييز ما يجوز فيه جعل الخيار عما لا يجوز، و قال: «الأظهر بحسب القواعد إناطة دخول خيار الشرط بصحة

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٨٧

التقابل في العقد، فمتى شرع التقابل مع التراضي بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ...» (١).

و لكنه يتم في جانب الأصل، فإن جواز التقابل بعد العقد يكشف عن أن زمام المعاملة بيد المتعاقدين و ليس للشارع حكم تعبدى وراء رضاهما، فإذا جازت الإقالة بعد العقد جاز التزلزل قبل العقد، و لا يصح في العكس، و هو أن ما لا تجوز الإقالة فيه لا يجوز جعل الخيار إذ من الممكن أن يكون للعقد قبل حدوثه حكما مغايرا لحكمه بعد الحدوث فالمكلف يكون في فسحة قبل العقد، و له أن يتقلب كيف ما شاء و لو بجعل الخيار، و لكنه لما عقد و التزم لا يكون له الهدم بالإقالة.

(١)- المتاجر، قسم الخيارات ص ٢٣٤.

المختار فى احكام الخيار، ص: ١٨٩

الفصل الخامس خيار الغبن

اشارة

- تعريف الغبن.
 دليل خيار الغبن.
 شروط خيار الغبن.
 طرق ثبوت جهل المغبون.
 هل ظهور الغبن محدث للخيار أو كاشف عنه؟
 فى مسقطات خيار الغبن الأربعة:
 أ- الاسقاط بعد العقد.
 ب- اشتراط السقوط فى متن العقد.
 ج- تصرف المغبون بعد العلم بالغبن.
 د- تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن.
 فى تصرف الغابن.
 فى حكم تلف العوضين مع الغبن.
 عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع.
 هل خيار الغبن فورى أو لا؟
 المختار فى احكام الخيار، ص: ١٩١
 خيار الغبن

[تعريف خيار الغبن]

أما الغبن فى اللغة، فقد قال فى الصحاح: و هو بالتسكين فى البيع و بالتحريك فى الرأى.
 و قال ابن منظور فى اللسان: و غبت رأيك: أى نسيته و ضيعته، و غبن الشىء: و فيه غبنا و غبنا: نسيه و اغفله و جهله. الغبن: ضعف الرأى، و الغبن فى البيع و الشراء: الوكس. غبته: أى خدعه، و غبت فى البيع إذا غفلت عنه.
 و قال الفيروزآبادى فى القاموس: غبن الشىء و فيه: نسيه أو اغفله أو غلط فيه، و غبن رأيه: ضعف.
 و هذه الكلمات: تعطى أن المقوم لصدق الغبن هو غفله الطرف أو جهله أو نسيانه فى مقابل علم الغابن و إغفاله، فتكون النتيجة شرطية علم الخادع و جهل المخدوع، فلو كان الخادع جاهلا أو المخدوع عالما لا يتحقق الغبن، و لا تصدق الخدعة، و أما قوله سبحانه: إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَ هُوَ خَادِعُهُمْ (النساء / ١٤٢) فلا يدل على عدم شرطية جهل المخدوع بحجة: أن المراد منه هو الله سبحانه و هو عالم و ذلك أنه سبحانه ينقل رأى المنافقين و أنهم يظنون أنه المختار فى احكام الخيار، ص: ١٩٢

سبحانه لا- يعلم تخطيطاتهم و مؤامراتهم، ثم هو يرد عليهم بأنه سبحانه خادعهم بمعنى ابطال مخططاتهم، فاستعمال الخدعة فى كلا

الموردين بالعناية، أما الأول فيما عرفت، و أما الثانى فمن باب المشاكلة و المجارة. و على أى حال فلو كان اللفظ حقيقة فى الخدعة يكون معناه اللغوى أوسع مما يستعمله الفقهاء، فإنهم يتوسعون فى استعماله، حيث يطلقونه مع جهل الطرفين، بل حتى مع علم الآخر و إن لم يترتب عليه أثر الغبن أعنى الخيار لأجل كون الطرف، مقدما عليه، و على ذلك فاللفظ أما منقول من المعنى اللغوى إلى معنى أوسع أو هناك توسع فى الاستعمال مجازا.

تعريف الغبن:

فالغبن: هو التملك بما يزيد على القيامة مع جهل الآخر، أو مبادلة مال بأزيد عن ثمنه المثلئ. و بما أنه لم يرد فيه نص لم يذكره الصدوق فى المقنع، و لا المفيد فى المقنعة و لا الشيخ فى النهاية، و لكن أوعز إليه فى الخلاف فى مسألة تلقى الركبان، و قال: «تلقى الركبان لا يجوز، فإن تلقى و اشترى كان البائع بالخيار إذا ورد السوق إلا أن ذلك محدود بأربعة فرائسح فإن زاد على ذلك كان جلبا، و لم يكن به بأس، و للشافعى فيه قولان: أحدهما: لا يجوز و لم يحده، و الثانى: ليس له الخيار، دليلنا اجماع الفرقة و أخبارهم، و روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن تلقى الجلب، فإن تلقى متلق فاشتره، فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق» (١).

و قال القاضى: و من ابتاع شيئا و ظهر له فيه غبن، فلا يخلو إما أن يكون من

(١) - الخلاف: ج ٣، كتاب البيع، ص ١٧٢ المسألة ٢٨٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٩٣

أهل الخبرة أو لا- يكون كذلك، فإن كان من أهل الخبرة لم يكن له رده، و إن لم يكن من أهل الخبرة و كان مثله لم تجر العادة، فسخ العقد إن أراد، و إن كانت العادة جرت بمثله لم يكن له خيار (١).

و قال ابن حمزة: خيار الغبن أن يبيع شيئا أو يبتاع و هو غير عالم بالقيمة و فيه غبن لا يتغابن بملكه فى مثله فإذا علم كان له الخيار (٢). و قال ابن زهرة فى الغنية: السبب الخامس للخيار: ظهور غبن لم تجر العادة بمثله بدليل الاجماع المشار إليه، و يحتج على المخالف بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: لا ضرر و لا ضرار و من اشترى بمائة ما يساوى عشرة، كان فى غاية الضرر- و بنهيه صلى الله عليه و آله و سلم- عن تلقى الركبان، و قوله: «فإن تلقى متلق فاصحاب السلعة بالخيار إذا دخل السوق، لأنه إنما جعل له الخيار لأجل الغبن» (٣).

و قال المحقق: من اشترى شيئا و لم يكن من أهل الخبرة و ظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء. و ذكر فى الجواهر أنه لم يجد خلافا فى المسألة بين من تعرض له عدا ما يحكى عن المحقق فى حلقة درسه، و استظهره فى الدروس من كلام الاسكافى لأن البيع مبنى على المغالبة. و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا (٤).

(١) - المهذب: ١ / ٣٦١.

(٢) - الوسيلة: ٢٣٧. و يحتمل أن يكون «بملكه» مصحف «بمثله» فلاحظ.

(٣) - الغنية: ٥٨٨.

(٤) - الجواهر: ج ٢٣ ص ٤١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٩٤

هذه كلمات أصحابنا و أما غيرهم فذكره ابن قدامة فى المغنى و قال: يثبت الخيار فى البيع للغبن فى مواضع: أحدها: تلقى الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم و باعهم و غبنهم. الثانى: بيع النجش. (و هو أن يزيد فى قيمة السلعة ليشتريه الغير بقيمة أزيد).

الثالث: المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ و الامضاء و بهذا قال مالك، و قال ابن أبى موسى. و قد قيل لزمه البيع و ليس له فسخه و هذا مذهب أبى حنيفة و الشافعى، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها، لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل و كالعبن اليسير ... «١».

ثم إن المراد بالزيادة فى التعريف إنما هى مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط، فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن، لأن المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم، و هكذا غيره من الشروط بل فى تعليقه السيد الطباطبائى نفى خيار العبن مع ثبوت الخيار بوجه آخر سواء كان من جهة الاشتراط أو غيره، كخيار الحيوان إذا كان المغبون هو المشتري لقصور الأدلة عن الشمول خصوصا إذا كان المدرك قاعدة الضرر. و الحاصل: أنه يلاحظ العبن مع توابع العقد و لوازمه و شروطه:

أدلة خيار العبن:

إشارة

ثم إنه استدل على خيار العبن بوجوه و هى بين تامة و غير تامة و إليك

(١) - المغنى: ٣ / ٥٢٢ - ٥٢٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٩٥

البيان:

[١- خيار العبن فى القرآن]

الأول: قوله سبحانه: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النساء / ٢٩) فقد استدلل العلماء بديل الآيه و قال: معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض بالمعاملة و لما كان مقتضى التعليل بطلان المعاملة، لا كون المغبون ذا خيار، أورد عليه فى الجواهر: أن التراضى حاصل بالضرورة و إلا كانت المعاملة باطلة لا أن فيها الخيار «١».

ثم إن الشيخ الأعظم حاول تصحيح الدليل، و قال: و توجيهه: إن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه، مبنى على عنوان مفقود، و هو عدم نقصه عنه فى المالىة، فكأنه قال: اشترت هذا الذى يساوى درهما بدرهم، فإذا تبين أنه لا يساوى درهما تبين أنه لم يكن راضيا به عوضا، لكن لما كان المفقود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقدها كاشفا عن بطلان البيع، بل كان كسائر الصفات المقصودة التى لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم و لم يرض به، فالآيه إنما تدل على عدم لزوم العقد.

ثم أورد عليه بأمرين:

١- إن الوصف المذكور إنما يوجب ذلك إذا كان عنوانا لا داعيا، و من المعلوم أنه من قبيل الثانى الذى لا يوجب تخلفه شيئا.

٢- لو فرضنا أنه أخذ على وجه التقييد و لكنه إنما يوجب إذا ذكر فى متن العقد، و المفروض عدمه.

يلاحظ على التوجيه: أن الآية تنهى عن الأكل بالباطل و تستثنى الأكل

(١)- الجواهر: ج ٢٣، ص ٤٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٩٦

بالتجارة عن تراض، و أما التفصيل الذى جاء فى كلامه فلا تدلّ عليه الآية، و إنما هو محاسبات عقلية لتصحيح الخيار، و الاستدلال إنما يتم إذا كانت الآية دالمة عليه بإحدى الدلالات الثلاث، و هى لا تدلّ إلا على حرمة الأكل بالباطل و جوازه بالتجارة عن تراض مضافا إلى ما سيوافيك من تفسير الآية.

الثانى: الاستدلال بصدر الآية قائلا بأن أكل المال على وجه الخدع بيع ما يساوى درهما بعشرة، مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على ردّ المعاملة و عدم نفوذ رده، أكل للمال بالباطل، أما مع رضاه بعد التبين بذلك، فلا يعدّ أكلا بالباطل، و مقتضى الآية و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع إلا أنه خرج بالاجماع و بقي ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة.

أورد عليه الشيخ: بأنه يعارضه ظاهر الذيل، أعنى قوله سبحانه: **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ بِنَاءٍ عَلَى عَدَمِ خُرُوجِ ذَلِكَ عَنْ مَوْضِعِ التَّرَاضِ فَمَعَ التَّكَافُؤُ يَرْجِعُ إِلَى أَصَالَةِ الزُّومِ «١»** و حاصل ما ذكره أن صدر الآية يدل على البطلان و ذيلها يدل على الصحة، فيتكافأ الظهوران و يتساقطان، فيرجع إلى الأصل.

يلاحظ عليه: أولا: أن الاستدلال بالصدر على الخيار فى المقام يستلزم دلالة على معنيين مختلفين يشكل الجمع بينهما بدلالة واحدة، لأنه يدل بالدلالة المطابقة على بطلان الأكل بالباطل - كما هو ظاهر الآية - و يدلّ حسب استظهار الشيخ على صحة الأكل و جوازه مع الخيار فى المقام، مع أن الجمع بين المعنيين و استظهارهما من الآية مشكل جدا.

(١)- المتاجر: قسم الخيارات، ص ٢٣٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ١٩٧

و مثله الذيل فإن لازم الاستدلال به على المقام يستلزم دلالة على صحة الأكل و لزوم العقد تارة، و صحته دون لزومه أخرى و هو كما ترى، و الجملة الواحدة لا تكون كافلة لبيان الأمرين.

و هذا يعرب عن بطلان التمسك بهما و أنه مبنى على الخلط بين مفاد الآية و حكم العقلاء فى المقام كما سيوافيك.

و ثانيا: أن هذا النحو من التفسير لا يناسب ساحة القرآن، إذ كيف يؤخذ بظهور الصدر قبل انضمام الذيل إليه، فتكون النتيجة التعارض و التساقت و الرجوع إلى الأصل و ليس للآية إلا ظهور واحد لا ظهوران، و لأجل توضيح الحال نرجع إلى تفسير الآية صدرها و ذيلها فنقول:

إنها فى مقام بيان المنع عن أكل المال بالأسباب المحرمة و جوازه إذا كانت محللة، و ليس لها شأن بالمسببات إذا كانت الأسباب محللة - كما فى البيع المشتمل على الغبن - و إليك التوضيح:

إن مضمون الآية ورد فى غير واحد من الآيات، و لا يعلم المراد إلا بنقل الجمع و تفسيرها عن طريق التفسير الموضوعى.

أ- قال سبحانه: **وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَ تَدُلُّوْا «١»** **بِهَآ إِلَى الْحُكْمِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَ أَنْتُمْ تَعْلَمُونَ** (البقرة/ ١٨٨).

يقول الطبرسى: لا يأكل بعضكم مال بعض بالغصب و الظلم و الوجوه التى لا تحل، و قيل معناه: لا تأكلوا أموالكم بالهوى و اللعب مثل ما يؤخذ فى القمار

(١)- الإذلاء: ارسال الدلو في البئر لترح الماء، كنى به عن مطلق تقريب المال إلى الحكام ليحكموا كما يريد الراشي.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٩٨

و الملاهي. لأن كل ذلك من الباطل، و روى عن أبي جعفر أنه يعنى بالباطل:

اليمين الكاذبة، يقتطع به الأموال. و روى عن أبي عبد الله قال: كانت قريش تقامر الرجل في أهله و ماله فنهاهم الله. و الأولى حملة على الجميع لأن الآية تحتل الكل «١».

و تؤيد ما ذكره لفظه «الباء» في بِالْبَاطِلِ الدال على السببية فالآية تدل على حرمة الأكل بالأسباب الباطلة التي عرفت- لا بالأسباب الصحيحة كالتجارة مع الرضا-

ب- قال سبحانه: فَيُظْلَمُ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَ بَدَّاهُمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا. وَأَخَذَهُمُ الرَّبُّوا وَ قَدْ نُهِوا عَنْهُ وَ أَكَلِهِمْ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَ أَعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا (النساء / ١٦٠-١٦١).

قال الطبرسي في تفسير الباطل: أي بغير استحقاق و لا استيجاب و هو ما كانوا يأخذونه من الرشا في الأحكام كقوله: وَ أَكَلِهِمُ السُّحْتِ (المائدة / ٦٢) و ما كانوا يأخذونه من أثمان الكتب التي كانوا يكتبونها بأيديهم و يقولون هذا من عند الله و ما أشبه ذلك من المآكل

الخبثية، عاقبهم الله تعالى على جميع ذلك بتحريم ما حرم عليهم من الطيبات «٢».

ج- قال سبحانه: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن كَثِيرًا مِنَ الْأَجْبَارِ وَ الرُّهْبَانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَ يَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ (التوبة / ٣٤).

قال الطبرسي: يأخذون الرشا على الحكم «٣».

(١)- مجمع البيان: ج ١ / ٢٨٢ ط صيدا.

(٢)- المصدر نفسه: ج ٢ / ١٣٨.

(٣)- المصدر نفسه: ج ٣ / ٢٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ١٩٩

إن هذه الآيات و ما نقلناه عن أمين الإسلام حولها، يفسر قوله سبحانه:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (النساء / ٢٩) و قد اشتهر التمسك بالآية منذ

قرون في مورد المسببات، مع أنها كاخواتها ناظرة إلى الأسباب المحرمة و الآية بصدد تحريم الأكل عن طريق السبب الحرام، و تسويغ

الأكل بالسبب المحلل، و البيع من الأسباب المحللة و اشتماله على الغبن لا يجعله من الأسباب المحرمة فهو خارج عن الآية خروجاً

موضوعياً فلا صلة لها به.

٢- الروايات الواردة في كتب الفريقين:

إشارة

الروايات التي استدلت بها على خيار الغبن على صنفين: صنف ورد في مورد تلقى الركبان، و صنف في غيره، أما الأول فإليك ما وقفنا عليه:

١- روى أبو هريرة: أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن تلقى الجلب فإن تلقى متلق فاشتره فصاحب السلعة بالخيار إذا ورد السوق «١».

٢- روى البيهقي: لا تلقوا الجلب فمن تلقاه و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار «٢».

٣- روى فى دعائم الإسلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم أنه نهى عن تلقى الركبان.
قال جعفر بن محمد- عليهما السلام:- هو تلقى الركبان لشراء السلع منهم خارجا عن

(١)- سنن أبى داود: ٣/ ٢٩٩ الحديث ٣٤٣٧، سنن الترمذى: ٣/ ٥٢٤، الحديث ١٣٢١، و نقله الشيخ فى الخلاف: ٣/ ١٧٣، المسأله ٢٨٢ من كتاب البيوع، و أوعز إليه فى الغنيه فى فصل أسباب الخيار و مسقطاته.

(٢)- سنن البيهقى: ج ٥/ ٣٤٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٠

الأمصار لما يخشى فى ذلك على البائع من الغبن و يقطع بالحاضرين فى المصر عن الشراء إذا خرج من يخرج لتلقى السلع قبل وصولها إليهم «١».

و هل الخيار الوارد فى روايتى أبى داود و البيهقى، هو خيار تلقى الركبان و إن لم يكن هناك غبن، أو هو خيار الغبن، حكى الأول عن بعض فقهاء أهل السنه و كأنه تصوّر أن للتلقى موضوعيه و لكن قوله صلى الله عليه وآله و سلم فى الروايتين: «إذا ورد السوق» أو أتى السوق، قرينه على أن المراد منه هو خيار الغبن، لأنه كناية عن الوقوف على السعر، لأن الأسعار تتبين فى الأسواق. أضف إلى ذلك ما نقله صاحب دعائم الإسلام عن جعفر بن محمد- عليهما السلام- حيث فسره بالغبن، و هذه الروايات صالحه لتأييد ما سنذكره من الروايات من طرفنا، و أمّا الثانى فإليك البيان:

٤- روى إسحاق بن عمّار عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: غبن المسترسل سحت «٢».

٥- روى ميسر عنه قال: غبن المؤمن حرام «٣» و الاسترسال الاستئناس إلى الانسان و الثقة بما يحدثه.

٦- قال الصدوق: قال الصادق- عليه السلام:- غبن المسترسل سحت، و غبن المؤمن حرام «٤».

(١)- مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ١٣، من أبواب الخيار، الحديث ١، و هو يفسر الحديثين المتقدمين و أن المراد من الخيار الوارد فيهما هو خيار الغبن، لا خيار التلقى.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢.

(٤)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٩ من أبواب التجارة، الحديث ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠١

٧- روى عمر بن جميع عن أبى عبد الله- عليه السلام- أنه قال: غبن المسترسل ربا «١».

٨- روى ابن طائوس فى كتاب الاستخارات عن أحمد بن محمد بن يحيى عن الصادق- عليه السلام- فى تعليم آداب التجارة لبعض أصحابه: و لا تكنم عيبا يكون فى تجارتك و لا تغبن المسترسل، فإن غبنه لا يحل «٢».

٩- روى جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلّبها، ثم رجع فاستقال صاحبه، فلم يقله، فقال أبو عبد الله: إنه لو قلب منها و نظر إلى تسعه و تسعين قطعته، ثم بقى منها قطعته و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤيه «٣».

و هذه الروايات ضعيفه الدلاله إلا الأخيرة كما سيوافيك بيانه، و ذلك لأن المراد من الغبن أمّا المعنى المصدرى أو الزيادة الحاصله بالبيع الغبنى، و على كل تقدير لا يدل إلا على حرمة نفس العمل أو الزيادة لا على صحه المعامله و جوازها مع وجود الخيار للمغبون. و يؤيد المعنى الثانى تشبيه الزيادة بالبيع الربوى فهذه الزيادة مثل الزيادة فى الربا سحت.

نعم يمكن الاستئناس بالحديث الأخير و سيوافيك بيانه.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٩ من أبواب التجارة، الحديث ٥.

(٢)- مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ١٣، من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١، و غيره.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٢

١٠- روى زرارة فى حديث: أن رسول الله قال: لا ضرر و لا ضرار «١».

و وصفه الشيخ الأعظم بأنه أقوى ما استدلل به و قال: إن لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه، و اضرار به، فيكون منفيًا، فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر، و لم يسوغ اضرار المسلمين بعضهم بعضًا «٢» و لم يمتض لهم من التصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه «٣» و منه تظهر صحه التمسك بها لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضررًا على الممضى عليه سواء أ كان من جهة الغبن أم لا، و سواء أ كان فى البيع أم فى غيره «٤».

و لما كانت تلك القاعدة الدليل الوحيد عند البعض فى المقام و غيره فلا بأس بإفاضة القول فيها على وجه يناسب المقام و ذلك فى ضمن أمور:

١- إن التمسك بها متفرع على التفسير الذى اختاره الشيخ للقاعدة من أن المنفى هو الحكم الضررى، فكل حكم كان ضررىا فى جميع الحالات أو بعضها فهو مرفوع، فيجاب الوضوء على المريض ضررى و إن كان غير ضررى فى حالة الصحه لكنه إذا كان ضررىا فى حالة المرض، يكون مرفوعا، و وزان القاعدة و زان حديث الرفع، فإن رفع «النسيان» و «ما لا يعلم» كناية عن رفع الحكم المنسى المجهول، فالشارع فى محيط التشريع ينفى هذه الأحكام بنفى العناوين العارضة لها.

٢- إن المرفوع تارة هو الحكم التكليفى كحرمة أكل الميتة فى مورد الاضرار

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٧ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- ناظر إلى صحه استفادة الحكم التكليفى منه.

(٣)- ناظر إلى استفادة الحكم الوضعى منه أيضا.

(٤)- المتاجر، قسم الخيارات ص ٢٣٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٣

فمن اضطرّ إلى أكل الميتة أو أكل مال الغير فى عام المجاعة فهو مرفوع، و أخرى الحكم الوضعى و هو لزوم المعاملة فى المقام، فإن ايجاب الوفاء على المغبون حكم ضررى فهو مرفوع، كما أن الحكم بحرمة أكل الميتة اضرار على النفس فهو مرفوع.

٣- إن الموضوع الضررى إن كان له حكم واحد يرتفع الضرر برفعه، فهو المتعين للرفع، و إن كان له حكمان يرتفع الضرر برفع أحدهما، فإن كان بينهما ترتب فالمرفوع هو المتأخر، و إلا فهو أحدهما لا على التعيين، و كذا فى كل مقام كان هناك حكمان أو أحكام يلزم الضرر من ثبوت الجميع، و يرفع برفع أحدهما، ففى ما نحن فيه نقول: إن البيع المغبون فيه موضوع ضررى و له حكمان: أحدهما الصحه و الآخر اللزوم، و الضرر إنما يلزم من ثبوت كليهما، لكن اللزوم متأخر طبعًا عن الصحه فهو المتعين للرفع «١».

٤- نعم: إن قاعدة لا- ضرر و إن كانت تنفى الحكم، و لا تثبته فوزانها و زان حديث الرفع، فهو حديث رفع لا حديث وضع، و على ذلك فغاية ما تثبته القاعدة هو نفي اللزوم لا- اثبات الخيار بين الفسخ و الامضاء لكن يكفى فى اثبات الخيار، نفي الحكم فإن نفي اللزوم عبارة أخرى عن كون المعاملة جائزة، و جواز المعاملة يساوق كون الخيار بيد المشتري، فله الامضاء أو الفسخ.

أضف إلى ذلك: أن حديث لا ضرر ورد فى محيط التشريع فهو يخبر عن نفي أى حكم ضررى مجعول، و بالتالى عن عدم توجه أى ضرر إلى المسلمين من جانب التشريع، فعلى ذلك لو كان رفع الحكم كافيا فى نفي الضرر عن المسلم فهو، و إلا فلو توقّف على اثبات حكم آخر، يثبت قطعا، مثلا لو غضب شخص

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي، قسم الخيارات، ص ٣٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٤

مال غيره و تملكه، فالقاعدة لا تمضيه لكنّه لا يكفى فى رفع الضرر إلا إذا حكم عليه بالضمان عند التلف، فلو تلف المال فى يده أو أتلفه، تجعل القاعدة ذمته مشغولة بالمثل أو القيامة و إلا لزم الضرر، و إن شئت قلت: إن قاعدة الضرر قد ترفع الحكم عن الموضوع الضررى إن كان ذلك الحكم هو الموجب للضرر، و قد ثبت حكما آخر له إن كان عدم الاثبات موجبا له كما فى إتلاف مال الغير فإن عدم جعل الضمان حكما لهذا الموضوع يستلزم الضرر.

٥- فإن قلت: إن الضرر كما يندفع بالخيار بين الفسخ و الامضاء يندفع بتخيير الغابن المغبون بين امضاء العقد بكل الثمن، و ردّ الغابن بالمقدار الزائد، غاية الأمر يثبت الخيار للغابن لتبعض المال عليه، و أيضا يرتفع بتسلط المغبون على إلزام الغابن بأحد الأمرين من الفسخ فى الكل و من تدارك ما فات على المغبون، و معناه أن للمغبون الفسخ إذا لم يبذل الغابن التفاوت، و الفرق بين الوجهين هو أن الأمر فى الأوّل بيد المغبون، و فى الثانى بيد الغابن فى اختيار واحد من الفسخ و الرد، و بعبارة أخرى: إن فى الأوّل إلزام الغابن بخصوص ردّ الزائد بخلاف الثانى فإنّ له إلزامه بأحد الأمرين المترتبين و بذل الزائد، فإن لم يبذل يفسخ.

قلت: قد عرفت أن قاعدة «لا- ضرر» كحديث الرفع فهو حديث نفي لا- حديث إثبات، فشأنه نفي الأحكام التى يجىء من ناحيتها الضرر، و إنما يصار إلى إثبات الحكم- وراء النفي- إذا توقّف نفي الضرر عليه، كما إذا أتلف الغاصب مال الغير، أو تلف تحت يده. و لكن المقام من قبيل القسم الأوّل إذ يكفى فى رفع الضرر عن المغبون نفي الحكم الوضعى فقط، و صيرورة العقد جائزا بمعنى أن بيده الامضاء و الفسخ و أمّا إثبات جواز الالزام، و أنّه يجوز للمغبون إلزام الغابن

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٥

بدفع القدر الزائد، أو أنّه يجب على المغبون القبول إذا ألزمه الغابن فهو حكم لا يتوقّف عليه دفع الضرر. و بالجملة: شأن القاعدة أولا و بالذات، هو النفي لا الاثبات، و إنما يصار إلى الثانى فى ظروف خاصّة و ليس المقام من قبيلها.

و أمّا ما ذكره الشيخ من ترجيح دفع الضرر برّد المقدار الزائد لأنّ إلزام الغابن بالفسخ، ضرر لتعلق غرض الناس بما ينتقل إليهم من أعراض أموالهم خصوصا النقود، و غير تام، لأنّه من قبيل تفويت النفع، لا توجيه الضرر إليه.

مضافا إلى معارضة بضرر المغبون لأنّ من الناس من لا يرضى باقتناء الأجناس الرخيصة، أو لأنّه لا تقضى حاجته بها.

هذا كلّه فى تشييد دلالة القاعدة على الخيار فى المقام لكن فى التمسك بها فى المقام اشكالا نذكره و حاصله: أن من المحتمل جدّا اختصاص القاعدة بنفى الأحكام التكليفية لا الوضعية كما هو خيرة شيخ الشريعة الاصبهانى و إليك تشريحه:

مفاد القاعدة:

إنّ شيخ الشريعة الاصبهانى قد ذهب إلى أن مفاد القاعدة هو نفي الحكم التكليفى بشهادة أن القاعدة وردت فى موارد ثلاثة:

١- قضية سمره بن جندب المعروفة «١».

٢- مورد منع فضل الماء حيث قال صلى الله عليه و آله و سلّم: لا يمنع فضل ماء ليمنع فضل كالأ

(١)- الوسائل: ج ١٧، الباب ١٢ من أبواب احياء الموات، الحديث ٣.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٠٦

فقال: لا ضرر ولا ضرار ... «١».

٣- مورد الشفعة حيث قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين و المساكن، قال: لا ضرر ولا ضرار «٢».

٤- الاستفادة من الأولين هو النهى التكليفي، أما الأول فواضح، و أما الثاني فإن مراد الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ هو النهى عن منع نفع البئر حتى يكون سببا لمنع فضل الكلاً لأن الراعى إنما يقصد الكلاً إذا كانت مقرونه بالماء، فإذا منع من الماء يمنع من الكلاً قهراً، فنهى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ نعم الثالث ظاهر في الحكم الوضعي، إذ بيع الشريك حصته من الدار من غيره ليس بمحرّم قطعاً حتى يحكم عليه بلا ضرر ولا ضرار و إنما المحكوم هو لزوم بيعه من الغير، حيث إن الشريك يتضرر من هذا البيع فهو مرفوع، و لكن المهم هو ثبوت تدليل حديث الشفعة بهذه القاعدة و ذلك لأننا نرى أن أحمد بن حنبل روى أقضية رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن عبادة بن صامت، و هي أزيد من عشرين قضية، و ليس حديث الشفعة فيه مديلاً بالقاعدة، و إنما جاءت القاعدة منفردة، و إليك بعض نصوصه:

و قضى رسول الله في الركاز الخمس.

و قضى أن الولد للفراش و للعاهر الحجر.

و قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين و الدور.

و قضى للجدتين من الميراث بالسدس بينهما بالسواء.

و قضى أن لا ضرر ولا ضرار.

(١)- الوسائل: ج ١٧، الباب ٧ من أبواب احياء الموات، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٥، من أبواب الشفعة، الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٠٧

و قضى أنه ليس لعرق ظالم حق.

و قضى ... «١».

و هذه الفقرات كلها أو جلها مروية من طرفنا موزعة على الأبواب، و غالبها برواية عقبه بن خالد، و بعضها برواية غيره، و جملة منها برواية السكوني، و الذي اعتقده أنها كانت مجتمعة في رواية عقبه بن خالد عن أبي عبد الله - عليه السلام - كما في رواية عبادة بن صامت إلا أن أئمة الحديث فرقوها على الأبواب.

و بذلك يعلم أنه لم يثبت تدليل حديث الشفعة بهذه القاعدة، بل هي قضية واحدة، و ليس في باقي قضايا غير قضائه بالشفعة أو بالنهى عن منع فضل الماء، منه أثر و لا خبر، و بذلك يسقط الاستدلال بقاعدة لا ضرر على الخيار «٢».

يلاحظ عليه: أن ما ذكره من عدم دلالة القاعدة على نفي الحكم الوضعي مبني على كون النفي بمعنى النهى مستدلاً بقوله سبحانه: فَلَا رَفْتَ وَ لَا فُسُوقَ وَ لَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ (البقرة/ ١٩٧) و قوله سبحانه: فَادْهَبْ فَإِنَّ لَكَ فِي الْحَيَاةِ أَنْ تَقُولَ لَا مِسَاسَ وَإِنَّ لَكَ مَوْعِدًا لَنْ تُخْلَفَهُ (طه/ ٩٧) غير أن الصيغة حقيقة في نفي الحقيقة و حملها على النهى خلاف الظاهر و ما استشهد به من الأمثلة مع غض النظر عن بعضها لا يثبت إلا جواز الاستعمال لا انحصاره فيه، فإن هناك من الأمثلة ما لا يجوز فيه ما ذكر، مثل قوله: لا ربا بين الزوج و الزوجة، و لا ربا بين الولد و الوالد، و من المعلوم أن الصيغة هناك لنفي الحقيقة لا للنهى عن الربا

(١) - مسند أحمد، الجزء ٥، ص ٣٢٦.

(٢) - رسالة لا ضرر، لشيخ الشريعة، ص ١٧ و ١٨، و نخبه الأزهار لتقرير بحثه بقلم الوالد - رضوان الله عليه - ص ١٧٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٨

لضرورة جواز الربا فى الموردين، و قد ورد عن سيد الأنبياء و سيد الأوصياء نفس المدلول لكن بلفظ «ليس» مكان «لا».

قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم و نأخذ منهم و لا نعطيهم.

و قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: ليس بين الرجل و ولده ربا، و لا بين السيد و عبده ربا «١».

ما هو الحق فى تفسير القاعدة:

الحق فى تفسير الحديث هو المعنى الثالث، بمعنى أن النفي ليس بمعنى النهى كما عليه شيخ الشريعة - قدس سره -، بل هو باق فى معناه و لكن ليس منشأ الضرر، هو الحكم التكليفى و الوضعى حتى يكون الحديث ناظرا إلى نفيهما، بل المنشأ هو الناس و تضاربهم و تكاليفهم فى حطام الدنيا، و الحديث ناظر إلى نفي الضرر فى المجتمع البشرى و يخبر عنه، لا عن محيط التشريع و التقنين فلا يصح ما عليه الشيخ الأعظم من جعل الحديث ناظرا إلى محيط القانون. و مع ذلك كله يمكن الاستدلال به على نفي الأحكام الشرعية الضررية إذا كان المبدأ و المنشأ هو الناس.

توضيحه: أن نفي الضرر بين الناس و عدم وجوده فى المجتمع شىء لا يمكن تصديقه حقيقة، فلا بد أن يكون الاطلاق مجازيا و ادعائيا حتى يصح لصاحب الشريعة أن يدعى: ليس بين المسلمين ضرر و لا بين المكلفين إضرار، و بما أنه أمر

(١) - الوسائل: ج ١٢ الباب ٧ من أبواب الربا الحديث ١ و ٢ و غيرهما.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٠٩

ادعائى يحتاج إلى مسوغ و ليس هو إلا عدم تشريعه كل حكم تكليفى أو وضعى يكون مصدرا للاضرار و يقع مستمسكا للناس فى هذا المجال.

فالشارع لما نظر إلى محيط التقنين و رأى صفحته خاليا عن الحكم الضررى قاطبة، صح له أن يدعى أنه لا ضرر بين الناس و لا ضرر بين المكلفين و يرتب على ذلك حرمة كل عمل يوجب الضرر على الغير، أو عدم تنفيذ كل معاملة تستلزم ذلك، هذا خلاصة المختار و التفصيل يطلب من محله «١».

و على ذلك فلا مانع من الاستدلال على الخيار بالقاعدة.

٣- الاجماع:

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار

فى أحكام الخيار؛ ص: ٢٠٩

استدل على الخيار فى المقام بالاجماع المحصل من زمان الشيخ إلى زماننا هذا، فقد عرفت بعض مصادر الفتوى إلى زمان المحقق «٢»، إلا أن بعض كتب القدماء خالية عنه، فلم يرد فى كتب الصدوق و المفيد و لا فى كتاب النهاية للشيخ و هذا يعرب عن عدم وجود النص، و أن الحكم اشتهر من زمن الشيخ لكنه فتوى على وفق القاعدة، فلا- يكون مثل ذلك الاجماع حجة كاشفا عن نص

وصل إليهم و لم يصل إلينا.

٤- بناء العقلاء:

و الأولى أن يستدل على الخيار ببناء العقلاء و هو أمر مسلم بينهم حتى أنه يلام البائع على عمله، و يحكم بأنه للمشتري الرد و استرداد ثمنه، و ليس ذلك البناء بناء عقلايا تعبديا، لتمشى الأمور بل له أساس عقلي، و هو أن المبتاع إذا حاول

(١)- لاحظ رسالته: «قاعدتان فقهيّتان» لولدنا الروحاني الشيخ حسن مكى: ٥٦-٥٧.

(٢)- راجع ص ١٩١-١٩٢ من هذا الكتاب.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢١٠

الشراء خصوصا إذا كان المبيع ذات قيمة عالية، لا يتفق مع البائع على المعاملة إلّا و في ضميره أن ما يدفعه من السعر مساو للمبيع على وجه التقريب بحيث لو وقف على فقد هذا الوصف و أنّ المساواة منتفية لما أقدم على البيع، و هذا التقيّد و إن كان غير ملفوظ و لا مذكور في العقد لكنّه من القيود المفهومية التي تدل عليها القرائن اللفظية أو الحالية، فإنّ المماكسة في البيع أو السؤال من مراكز مختلفة، أصدق شاهد على أنّه لا يشتري إلّا بزعم المساواة و المقابلة، و على ذلك فهي من القيود المفهومية التي لا تحتاج إلى التصريح، و ذلك كقيد وصف الصحة الذي لا يلزم ذكره في متن العقد فلو ظهر معينا يحكم بجواز الرد و استرداد الثمن، و ليس لأحد أن يعترض بأنّ وصف الصحة غير مذكور و لا ملفوظ، و ذلك لأنّ القيود إنّما يلزم ذكرها فيما لا تكون مفهومة من اللفظ أو من القرينة، و أمّا مثلها فتكفي فيه شهادة الحال أو المقال، فإذا تخلف القيد و فقد المبيع الوصف الملحوظ فللمبتاع الرد لأجل التخلف.

ثمّ إنّ هذا البيان هو الذي أشار إليه الشيخ عند توجيه كلام العلامة في التذكرة و نقلناه بنصّه، و لكن أورد عليه بأمور:

١- إنّ هذا الوصف من قبيل الداعي لا من قبيل العنوان فلا يوجب تخلفه شيئا، و قد لا يكون داعيا أيضا كما إذا كان قصده تحصيل المتاع و إن كان ثمنه أضعاف قيمته.

٢- إنّ أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر في متن العقد «١».

(١)- المتاجر: قسم الخيارات، ص ٢٣٤.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢١١

يلاحظ عليه: أنّه كيف يدعى أنّه من قبيل الدواعي و ليس من قبيل العناوين؟ فإنّ أساس التجارة (لا البيوع الشاذة) على الانتفاع، فعدم التغاين أمر مطلوب للمتبايعين، لا يغافل عنه المشتري و لا البائع، و كونه داعيا بل غير داع في بعض البيوع لا يكون ملاكا للقضاء، فإنّ أغلب الناس إنّما يقدمون على الشراء بعد السؤال عن أمكنة متعدّدة، و بعد الاطمئنان بالمساواة، يقدمون على المعاملة. و على هذا، فهو قيد مأخوذ في المعاملة يتفق عليه الطرفان.

و أمّا عدم ذكره في متن العقد، فلا يضر لأنّه إنّما يلزم إذا لم يفهم من قرينة حال أو مقال كوصف الصحة، فالأوصاف التي لها تأثير تامّ في الرغبة و لا يغافل عنها الانسان، لا يلزم ذكرها في متن العقد، و ما ذكره- لو صحّ- فإنّما هو راجع إلى الأوصاف الكمالية، كالكتابة في العبد و الخياطة في الأمّة، التي ربّما لا تكون مطلوبة.

و يمكن الاستئناس بما نقلناه عن جميل بن درّاج في مورد الضيعة، فقد حكم الإمام بالخيار بعد ما بان أنّ جزءا من الضيعة يفقد الوصف الذي كان موجودا في أكثر أجزاء الضيعة، و قال: لو قلب منها و نظر إلى تسعة و تسعين قطعة ثم بقي منها قطعة و لم يرها،

لكان له فى ذلك خيار الرؤية «١».

و الجامع بين المقام و مورد الرواية هو فقد الوصف، ففى المقام المبيع يفقد وصف المساواة للسعر الذى أخذه البائع فى مقابله، كما أن الجزء الأخير من الضيعة فى الرواية يفقد الوصف الموجود فى سائر الأجزاء. و أظن أن الاستدلال ببناء العقلاء أصلح و أسلم من الاشكال، و لا يكاد ينكره ملّم بالمعاملات الرائجة فى العالم بين الناس أو بين الشركات.

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٥، من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١٢

شروط الخيار:

إشارة

يشترط فى هذا الخيار أمران:

الأول: عدم علم المغبون بالقيمة.

إشارة

الثانى: كون التفاوت فاحشا.

أمّا الأول: فإنّ المغبون إما أن يكون جاهلا بالقيمة أو غافلا عنها، أو عالما بغبنه أو مطمئنا أو ظانّا أو شاكّا، لا شك فى ثبوت الخيار فى الصورتين الأوليين سواء قلنا بأنّ مدرّك الخيار هو حديث تلقى الركبان، و ما عطف عليه من الروايات، من كون غبن المؤمن سحتا، أو قلنا بأنّ مدرّكه هو قاعدة «لا ضرر» أو «بناء العقلاء»، فعلى كل تقدير فالمبتاع فىهما ذو خيار بين الفسخ و الامضاء، و لا حاجة لنا إلى تحليل لفظ الغبن و تفسيره لما عرفت أنّ الغبن الشرعى أوسع من الغبن اللغوى.

كما أنّه لا شك فى عدم الخيار فى صورة الاقدام على المعاملة مع العلم أو الاطمئنان بالغبن، و ذلك لأنّ المتبادر من حديث تلقى الركبان هو عدم العلم بشهادة قوله: «فإذا ورد السوق فهو بالخيار»، كما أنّ المتيقّن من حديث «لا ضرر» غيرهما، لأنّ الضرر هنا جاء من إقدام المكلف فى المعاملة الغبنية مع العلم و الاطمئنان، لا من سائر الناس - كما هو المختار - و لا من الشارع بلزوم الوفاء، فحكمه حينئذ لا يعد إجحافا و لا إضرارا.

ربّما يقال: إنّ إقدامه على الضرر ليس إلّا من باب إدخال نفسه فى موضوع ضررى و قد بين فى محلّه: أنّ مجرّد ذلك لا يرفع حكم الضرر، نظير ذلك ما إذا

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١٣

شرب شيئا يضّرّ معه الصوم أو الوضوء أو أجنب نفسه متعمّدا مع كونه مريضا، فالصوم و الغسل مرفوعان و إن كان مقصّرا. أجاب عنه السيّد الطباطبائى بالفرق بين ما لو كان اللزوم حكما عرفيا قد أمضاه الشارع أو حكما شرعيا، فعلى الأول: الاقدام على البيع الكذائى إقدام على الضرر عرفا، و على الثانى: ليس كذلك، بل الضرر إنّما يأتى من قبل اللزوم الذى هو من مجعولات الشارع نظير إيجاب الوضوء أو الغسل بعد المرض «١».

و لا يخفى عدم وضوح الفرق بين كون اللزوم عرفيا أو شرعيا، لأنّه بعد الإضاء يكون مثل الحكم التأسيسى و إن إلزام المغبون باللزوم

حكم ضررى و إن كان مقصرا، و لو كان التقصير مؤثرا فى مورد المعاملة فليكن كذلك فى مورد الأحكام.
و يظهر من السيد الأستاذ: أنه تفتن للاشكال و أجاب: بأن الحكم بالاغتسال الضررى على خلاف الامتنان، بخلاف الحكم بالخيار على المغبون العالم فإنه على وفاقه لامكان حصول البداء له، فلاحظ.
و مثله بناء العقلاء، لأنه أقدم مع العلم بعدم المساواة، فلم يكن القيد مأخوذا فى المعاملة و لا موجودا فى ضميره، و قد عرفت أن أساس الحكم بالخيار هو تقييد المعاملة لبا بالمساواة.
و إنما الكلام فى صورة الظن بالغبن أو الشك فيها، فالظاهر وجود الخيار، و ذلك لأنه لم يقدم على المعاملة على وجه الاطلاق و لم يرفع يده عن قيد المساواة، كما رفع عنه فى صورتى العلم و الاطمئنان، و لأجل ذلك لو تبين الحال يندم من الاقدام بخلاف صورتى العلم و الاطمئنان.

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي قسم الخيارات / ٣٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١٤

فروع:

١- لو أقدم على غبن يتسامح به فبان أزيد، بما لا يتسامح بالمجموع (مجموع ما أقدم و ما لم يقدم) و إن كان كل واحد مما يتسامح به.
٢- لو أقدم على غبن يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح به منفردا.
٣- لو أقدم على غبن لا يتسامح به فبان أزيد بما يتسامح به منفردا.
٤- لو أقدم على غبن لا يتسامح به فبان أزيد بما لا يتسامح.
يحتمل عدم الخيار فى الجميع لما عرفت من أن الخيار لأجل تخلف وصف التساوى، و مع العلم بعدم التساوى لا يعقل اشتراطه، و المفروض أنه عالم بعدمه.
كما يحتمل التفصيل بين ما أقدم على غبن يتسامح فيه، و ما لا يتسامح فيه، بالقول بالخيار فى الأول دون الثانى، لأنه باقدامه على غبن لا يتسامح فيه قد شطب على قصه التساوى بقلم عريض، إذ تهيا لمعاملة غبية، بخلاف الأول فإنه أقدم بما يتسامح به و الاقدام به ليس إقداما على المعاملة الغبية لأن المفروض أن ما يتسامح به لا يطلق عليه الغبن، و يقدم عليه العقلاء كثيرا، فيثبت الخيار مطلقا سواء كان الزائد بما يتسامح و لكن المجموع مما لا يتسامح أو بما لا يتسامح، أيضا.
و بعبارة أخرى أنه هتك حرمة ماله فى الثانى دون الأول فيؤخذ بما أقدم و يظهر من شيخ الشريعة التفصيل - فيما إذا أقدم بما لا يتسامح - بين كون الزائد

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١٥

أيضا مثله أو كان مما يتسامح بالخيار فى الأول دون الثانى قائلا بأنه أقدم على ما لا يتسامح فيه بشرط لا، فقد تبين أنه بشرط شىء «١».

و يلاحظ عليه: أولا: أنه لو صحح الدليل يجب القول بالخيار فى هذه الصورة مطلقا، سواء كان الزائد بما لا يتسامح أو مما يتسامح، لأنه على كل تقدير أقدم بشرط لا فبان بشرط شىء، اللهم إلا أن يكون المراد من شىء هو ما لا يتسامح أيضا لا الأعم منه و مما يتسامح كما يظهر من ذيل كلامه.

و ثانيا: أنه باقدامه على المعاملة الغبية، أسقط خياره، فثبوت خيار آخر له يحتاج إلى دليل، و كون الزائد ذا مراتب، غير كون الخيار ذا

مراتب.

و بذلك يظهر النظر في كلام المحقق النائيني حيث قال: قد يتوهم أن من أقدم على ما يتسامح فكأنه أسقط شرط التساوي فلا موجب آخر للخيار، ثم ردّ عليه بأن مقدار التفاوت له مراتب، فقد يسقط المغبون جميعه و قد يسقط بعضه، فلو أسقط مقداراً خاصاً فلا وجه لسقوط الخيار رأساً «٢».

يلاحظ عليه: أنه و إن أسقط بعض المراتب من التفاوت دون الجميع لكن ليس للخيار إلّا مرتبة واحدة، فإذا أقدم على ما لا يتسامح فقد أسقط خياره، و لا معنى لثبوت الخيار بعد الاسقاط، و بالجملة كون التفاوت ذا مراتب غير كون الخيار كذلك، فبالاقدام على ما لا يتسامح يسقط الخيار من أصل و ليس له مراتب حتى يسقط بعضها دون بعض.

(١) - نخبه الأزهار في أحكام الخيار بقلم الوالد - قدس سره - ص ١٧٩.

(٢) - منية الطالب، ج ٢، ص ٦٣.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢١٦

ما هو الملاك في القيامة؟

إذا كان الغبن تملك ماله بما يزيد على قيمته يقع الكلام فيما هو الملاك في القيامة، فهل الملاك هو القيامة حال العقد مطلقاً، ارتفعت قيمته بعده أم نزلت أو ثبتت، أو الميزان هو القيامة حال العلم أو الفسخ.

أو يفصل بين القول بثبوت الخيار حال العقد، غاية الأمر العلم بالغبن كاشف عنه و شرط متأخر، و بين القول بأن ظهور الغبن شرط مقارنة فلا خيار قبله، فعلى الأول الميزان هو القيامة حال العقد و على الثاني هو القيامة حال الظهور.

و الاحتمالات آتية فيما إذا تم البيع، و أمّا إذا لم يتم كما في الصرف و السلم، قبل القبض إذا ارتفعت القيامة بينهما فإن القبض و الاقباض من أجزاء المعاملة و القبض هو الجزء الأخير منها، فلا شك أن الاعتبار بالجزء الأخير، فلو كان حال العقد مغبوناً دون حال الاقباض، فالعبرة بالقيمة الثانية إذا المفروض عدم تحقق المعاملة قبله حتى توصف بالغبن و عدمه.

يمكن أن يقال: إن الملاك هو حال الظهور، أمّا حديث تلقى الركبان و ما عطف عليه من الأخبار فالظاهر من قوله: «فإذا دخل السوق» هو كسب الاطلاع عن القيامة حال الدخول الملازم لظهور الغبن على فرض وجوده اللهم إلا أن يقال بندرة حدوث الاختلاف في تلك العصور بين الفترتين (تلقى الركبان و دخول السوق) فلا يكون دليلاً على أن العبرة بزمان ظهور الغبن، لثبات القيم بين الطرفين غالباً و القيامة حال الدخول تكون نفس القيامة حال البيع.

و أمّا قاعدة «لا ضرر» فيمكن ادعاء الانصراف عن صورة التدارك، فالمراد

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢١٧

نفي الحكم الضرري غير المتدارك، و المفروض التدارك بمساواة الثمن لقيمة المبيع حال الظهور و إن لم يكن كذلك حال العقد. نعم على القول بأن مبنى خيار الغبن هو الشرط الضمني و التوصيف المفهومي فالمعيار هو قيمة زمان العقد، لأن الخيار لأجل تخلف الوصف. فالمبتاع أقدم على البيع بقيد التساوي بين المبيع و ثمنه حال العقد، و المفروض فقدانه في هذا الطرف فيثبت الخيار، سواء تغير السعر بعده أم لا - أضيف إليه ما ذكره الشيخ الأعظم من أن الزيادة حصلت في ملك المغبون و المعاملة وقعت على الغبن، فلا تكون رافعة للغبن المتقدم.

نعم ما ذكره بعد هذا من احتمال عدم الخيار من حديث التدارك فإنما يتم لو كان الدليل هو قاعدة «لا ضرر» لا الشرط الضمني و التوصيف المفهوم من القرائن.

هل الميزان علم الوكيل أو الموكل؟

لا شك أن الوكيل إذا كان وكيلًا- فى مجرد إجراء الصيغة فقط، فالميزان فى ثبوت الخيار و عدمه جهل الموكل و علمه، لأنّ المفروض أن المساومة كانت على عاتق الموكل، و لم يكن للوكيل دور سوى إجراء العقد. إنّما الكلام فيما إذا كان وكيلًا فى المساومة، قال الشيخ:

لو كان وكيلًا فى المعاملة و المساومة فمع علمه و فرض صحّة المعاملة لا خيار للموكل، و مع جهله يثبت الخيار للموكل إلّا أن يكون عالما بالقيمة، و بأنّ وكيله يعقد على أزيد منها و يقرّه له.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١٨

يلاحظ عليه: أنّ المعاملة فى الصورة الأولى تقع فضولية لأنّها خرجت عن حدود الوكالة إذ أنّ الوكيل و كيل فى مجال صالح الموكل لا لغيره، فما عن السيد الأستاذ- قدّس سرّه- من أنّ الوكالة إذا كانت على نحو التفويض فلا يختلج فى ذهن الموكل آحاد تصرّفات الوكيل بالتفصيل، ليس بتمام لأنّ الشراء بما لا يتسامح فيه ليس من الأمور التى لا تختلج فى ذهن الموكل.

و أمّا الصورة الثانية: أعنى: إذا جهل بالقيمة فالظاهر ثبوت الخيار للموكل، و إن كان عالما بالقيمة لأنّ علمه بالقيمة لا يضر بثبوت الخيار فى نفس المعاملة للوكيل لأنّه طرف العقد و المفروض جهله، و علم الموكل بالحال، لا يضر إذ ليس واجبا عليه أن يطلع على الغبن فإذا بان ثبت للوكيل الغبن، و هل يثبت للموكل مطلقا أو فى صورة جهله بالغبن؟ تقدّم الكلام فيه فى خيارى المجلس و الحيوان.

طرق ثبوت جهل المغبون:

قد عرفت أنّ الخيار يختص بصورة جهل المغبون دون علمه بالقيمة و يعرف جهله بأمر:

١- اعتراف الغابن بجهل المغبون بالقيمة.

٢- قيام البيّنة على جهله.

٣- ادّعاء المغبون مع يمينه.

لا شك فى ثبوت الخيار بالأوّل و الثانى، إنّما الكلام فى ثبوته بالثالث و هو الذى اختاره الشيخ الأعظم- قدّس سرّه- فعلى ذلك لو اختلف الغابن و المغبون فى

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢١٩

الجهل بالقيمة، فقال الشيخ: يقدّم قول مدّعى الغبن مع يمينه، و استدلال عليه بوجوه:

ألف- (يؤخذ) بقول مدّعى الغبن مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم.

ب- إنه قد يتعسر إقامة البيّنة على الجهل.

ج- ربّما لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال، فتأمل.

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان القول قول مدّعى الغبن مع يمينه، فمعنى هذا أنّه منكر يقبل قوله بيمينه، و عندئذ ما معنى قوله: «إنّه قد يتعسر

إقامة البيّنة على الجهل» لأنّ حلف المنكر غير مقيد بعسر إقامة البيّنة عليه إذ ليس من وظيفة المنكر إقامة البيّنة سواء سهلت أم صعبت.

و لو فرضنا أنّه مدّع بشهادة قوله: «لعسر إقامة البيّنة عليه» فلا معنى عندئذ لحلفه، إذ الحلف من وظيفة المنكر، و المفروض أنّه مدّع.

نعم يمكن تجويز الحلف عليه إذا لم يكن منكرا بأحد أمرين:

١- أن تكون اليمين، مردودة من الغابن المنكر إلى المغبون المدعى.

فلو كان المراد ذلك لا وجه لتعليقه بقوله: «الأصالة عدم العلم» إذ لا يشترط فى اليمين المردودة كون قول الحالف مطابقاً للأصل.

٢- إذا ادعى أمراً يعسر إقامة البينة عليه فيحلف و لكنّه صحيح لو ثبتت تلك الضابطة فى محلّه، و لم تثبت كما اعترف به الشيخ فى الفرع الآتى.

و على كل تقدير فكلام الشيخ فاقد للانسجام اللازم لمثل كلامه، فلا يعرف

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٠

الانسان من هو المدعى و من هو المنكر.

ثم إن تمييز المدعى عن المنكر أو تمييز المدعى عن المدعى عليه كما ورد فى النصوص «١» يتوقف على ضابطة و الضوابط المحررة فى كلامهم هى إحدى الأمور التالية:

١- إن المدعى و المنكر من المفاهيم العرفية كسائر المفاهيم من الأرض و الصعيد و المعدن و الماء و غيرها فيجب فى تشخيص المدعى من المنكر، الرجوع إلى العرف فهو بصفاء ذهنه يميز مقيم الدعوى عن الآخر، و هذا هو الحق القراح الذى اختاره شيخ الشريعة الاصبهاني فى درسه الشريف «٢» فليس لهما حقيقة شرعية أو متشعبة، بل هما باقيا على ما عليه قبل الشريعة و بعدها، و هذا هو الذى يظهر من سيدنا الأستاذ- قدس سرّه- «٣».

٢- المدعى من لو ترك ترك بخلاف المنكر، فلا يترك بتركه.

و الضابطان متساويتان.

٣- المنكر من وافق قوله الأصل، و المدعى من خالف قوله الأصل.

و لو كان المراد من الأصل هو الأصول العامة من أصل البراءة، عدم الاشتغال فتتحد مع السابقتين، غير أن شيخ الشريعة الاصبهاني يصرّ على أن المراد من الأصل ليس هو خصوص الأصول العامة من أصل البراءة و أصل العدم، بل المراد هو الأصل المقرر فى المسألة قبل ملاحظة الترافع و التداعى، و هو

(١)- الوسائل: ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١ و ٢ و ٥ و ٦.

(٢)- لاحظ: نخبه الأزهار، تقرير الوالد لدرسه الشريف، ص ١٨٢.

(٣)- المتاجر، ج ٤، ص ٢٩٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢١

قد يكون أصالة الصحة، أو أصالة لزوم أو أصالة الاشتغال أو أصالة الاستصحاب، و قد يتحقق فى ضمن الأصول العامة.

و لو كان هذا هو الضابطة فتغاير الضابطين السابقتين خصوصاً إذا قلنا بأن المقصود من الأصل هو الأصل الأعم الجارى فى مصب الدعوى أو نتيجتها فربما يكون الأصلان مختلفى النتيجة كما فى المقام، فلو ادعى المغبون الجهل و الغابن العلم فهناك أصول مختلفة جارية تارة فى مصب الدعوى (علم المغبون و جهله) و أخرى فى نتيجة النزاع و هى أن المعاملة لازمة أو جائزة نظير:

١- أصالة عدم علم المغبون، و هذا هو الأصل الجارى فى مصب الدعوى.

٢- أصالة عدم إقدامه على الضرر.

٣- أصالة لزوم المعاملة. و هذه و التى تقدمتها جاريتان فى نتيجة الدعوى.

فعلى الأولين المغبون منكر و الغابن مدع لأنه يدعى علم المغبون و إقدامه على الضرر عمداً و كلاهما منفيان بالأصل، و على الثالث ينعكس الأمر فالغابن منكر لمطابقة قوله أصالة اللزوم، و المغبون مدع لمخالفة قوله لهذا الأصل.

و بذلك يتبين أن الضابطه الثالثه ليست ضابطه قويمه و مرجعا على الاطلاق و إنما يرجع إليها لو شلت الضابطتان الأوليتان. أو يرجع إليها فى مورد الشك، لا فى مقام الترافع. فيعمل بها فى حد نفسها لا فى ظرف المرافعه.

أضف إلى ذلك: أن أكثر الأصول التى أشير إليها مثبتة فى هذه المسأله، فإن أصاله عدم العلم لا تثبت كون العقد صادرا عن جهل و عدم علم، كما أن أصاله عدم إقدامه على الضرر، لا تثبت كون العقد صادرا بهذا الوصف العنوانى، المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٢

و بعبارة أخرى: كل من الأصليين المذكورين قضيه سالبه بانتفاء الموضوع، و المقصود استصحابهما على وجه العدم الناعت أو السالبه بانتفاء المحمول، ففى الأنزل لم يكن عقد فلم يكن هناك علم و لا إقدام، و المفروض فى حاله الشك هو وجود العقد لكن نريد اتصافه بعدم صدوره عن علم و اقدام بالضرر، و استصحاب العدمين الأولين و اثبات كون العقد لم يصدر عنهما من أوضح الأصول المثبتة.

و بذلك تقف على أن أكثر الأصول التى تمسك بها الشيخ فى هذه المسأله و المسائل التالیه أصول مثبتة غفل عنها مؤسس الأصول فى العهد الأخير، أو جرى مجرى القوم.

٤- المنكر من وافق قوله الظاهر و المدعى من خالف قوله الظاهر.

و أظن أن هذه الضوابط اقتضت من موارد جزئيه، و الحق هو الرجوع إلى الضابطه الأولى و الثانيه أو الثالثه بشرط أن يكون المراد منها الأصول العامه من البراءة و أصل العدم، و على ضوء ما ذكرنا فعلى مدعى الغبن إقامة البيئه و إلا فيحلف المنكر إما على العلم بالحال أو على عدم العلم بالواقع كما فى سائر الدعاوى إذا لم يكن المنكر واقفا على الحال لو قلنا بكفايه مثل هذا النوع من الحلف. و أما حلف المدعى فلا يجوز إلا إذا كانت اليمين يمينا مردوده أو قلنا بالضابطه التى لم تثبت و هى جواز الحلف لكل مدع تعسر اقامه البيئه على ادعائه و هو غير ثابت.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٣

مسأله: لو اختلفا فى القيامة

قال الشيخ: لو اختلفا فى القيامة وقت العقد أو فى القيامة بعده مع تعذر الاستعلام.

و لا يخفى أن العبارة قاصره عن إفادة المراد و إليك التوضيح:

ألف: إن قوله: «و لو اختلفا فى القيامة وقت العقد» يتضمن صورتين: لأن الاختلاف فى القيامة وقت العقد تارة يكون مع الاتفاق على القيامة الفعلية (حال الادعاء)، و أخرى مع الاتفاق على القيامة قبل العقد، توضيحها:

١- إذا بيع بثمانيه و اتفقا على أن القيامة الفعلية هى الثمانيه أيضا، و لكنّ البائع يدعى أن السعر حال العقد كان عشرة، و قد نزل بعده إلى ثمانيه، و بالتالى يدعى الغبن. و يقول المشتري: لم يتغير السعر، فالسعر حين العقد، هو نفس السعر بعده، فليس هناك غبن. فأصاله عدم التغير توافق قول منكر سبب الغبن.

٢- إذا بيع بثمانيه و اتفقا على أن السعر قبل البيع كان عشرة، فالبائع يدعى بقاء السعر على ما كان عليه إلى حال العقد، و بالتالى يدعى الغبن، و يقول المشتري بنزوله إلى ثمانيه وقت العقد، فلا غبن. فأصاله عدم التغير توافق من يدعى سبب الغبن.

فعلى ضوء ما ذكرنا- من أنه يرجع فى تعيين المدعى و المنكر إلى العرف- فالمدعى فى الصورتين هو من يدعى الغبن، و النافى هو المنكر مطلقا من غير فرق بينهما، فعلى المدعى البيئه و على المدعى عليه اليمين.

و على الضابطه الثالثه: أعنى كون الميزان فى تشخيص المدعى عن المنكر هو

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٤

موافقة الأصل فى نفس المسألة و مخالفته، يختلف المدعى فى صورتين، فيما أن الأصل فى المقام هو أصالة عدم تغير السعر فالقائل بالتغير فى الأول هو المغبون، أعنى: البائع حيث يدعى أن السعر حال العقد، غيره بعده، فيكون مدعياً، فيكون الأصل موافقاً لمنكر سبب الغبن و لكن القائل به فى الثانى هو المشتري الغابن حيث يدعى أن السعر قبل العقد، غيره حاله، فيكون مدعياً. يلاحظ على نتيجة هذه الضابطة بأمرين:

أولاً: أن الدعويين فى الموردين من مقولة واحدة، فكيف يكون المدعى فى أحدهما هو المغبون و فى الآخر هو الغابن، و هذا يدل على ضعف هذه الضابطة بخلاف ما إذا قلنا بالضابطين الأولين، فيكون المغبون هو المدعى على كل حال. ثانياً: أن أصالة عدم التغير مثبتة كما أوضحنا حالها حيث إن المتيقن هو الأصل الأزلى مع فقدان الموضوع و الثابت حال الشك - على فرض جريان الاستصحاب - هو السالبة على فرض وجود الموضوع.

ب- إن قوله: «أو اختلفا فى القيامة بعده» يشير إلى صورة ثالثة و هو أن يكون الاختلاف فى القيامة وقت العقد ناشئاً عن الاختلاف فى القيامة بعده، مع اتفاقهما على عدم التغير و وحدة السعر فى الوقتين، و لكن اختلفا فى الصغرى أى كون السعر بعد العقد ما هو، فهل هى الثمانية حتى يكون العقد غير غبنى، أو العشرة حتى يكون العقد غبنياً، لأن المفروض أنه باع بثمانية، و من المعلوم أن الأصل الحاكم و الضابط ليس أصالة عدم التغير لاتفاقهما على عدمه، و اختلفا فيما هو السعر بعد العقد، حتى يكون هو السعر حينه، المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٥

و الأصل المرجع فى المقام هو أصالة اللزوم، فهو موافق لقول الغابن، و مخالف لقول المغبون. و منه يظهر مقصود الشيخ من العبارة مع خلله حيث قال: «فالقول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير، و أصالة اللزوم». فالأصل الأول راجع إلى صورتين الأوليين، على أشكال عرفته، و هو أن هذا الأصل لا - يوافق قول منكر سبب الغبن مطلقاً، و إنما يطابقه فى صورة واحدة، أعنى: الصورة الأولى دون الثانية بل هو فيها يوافق قول مدعى الغبن. كما أن الأصل الثانى - أصالة اللزوم - راجع إلى الصورة الثالثة. و على كل حال ففى الصورة الأولى و الثانية، التغير مختلف فيه، و فى الصورة الثالثة عدم التغير مسلّم، بقيت هنا صورة و هى ما إذا اتفقا على التغير و اختلفا فى زمانه و هى التى أشار إليها الشيخ فى المسألة التالية، و قال:

«مسألة: لو اتفقا على التغير و اختلفا فى تاريخ العقد «١»...»

. و صور المسألة ثلاثة:

إما أن يكون تاريخ التغير و العقد مجهولين.

و إما أن يكون تاريخ العقد معلوماً و تاريخ التغير مجهولاً.

و إما أن يكونا على العكس.

و أما إذا كانا معلومين، فهو خارج عن موضوع البحث لوضوح حكمه.

و على ما ذكرنا من الضابطة فمدعى الغبن فى جميع الصور يعتبر مدعياً

(١) - و فى بعض النسخ: فى تاريخه، و الضمير راجع إلى التغير، و كلاهما صحيحان.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٦

حسب القضاء و نافية منكرها.

و أما على الضابطة الثالثة فرمّا يتصور أن الأصل يجرى فى مجهول التاريخ دون معلومه، فمن كان قوله موافقاً للأصل فهو المنكر، و

المخالف مدع.

يلاحظ عليه مع ضعفه: أن مجرى الأصل الجارى فى جانب المجهول سواء أ كان هو التغير أم العقد أصل مثبت، كاستصحاب عدم التغير إلى زمان العقد، حيث لا يثبت به حدوث التغير بعده فلا غبن، و استصحاب عدم العقد إلى زمان التغير، حيث لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت الغبن - كما ذكره الشيخ الأعظم - إذ لا تثبت بالأصل الصادق فى ظرف عدم الموضوع، القضية السالبة، بانتفاء المحمول فى كلا الجانبين.

الشرط الثانى: (كون التفاوت فاحشا)

إشارة

فهذا هو الذى اتفقت عليه كلمة الفقهاء.

قال المحقق: من اشترى شيئا و لم يكن من أهل الخبرة و ظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتغابن به، كان له فسخ العقد إذا شاء «١». و قال ابن قدامة: المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ و الامضاء، و لا- تحديد للغبن فى المنصوص عن أحمد، و حدّه أبو بكر فى التنبيه و ابن أبى موسى فى الارشاد بالثلث و هو قول مالك، لأنّ الثلث كثير، بدليل قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: و الثلث كثير، و قيل: بالسدس، و قيل: ما لا يتغابن الناس به فى

(١)- الجواهر: ج ٢٣، ص ٤٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٢٧

العادة، لأنّ ما لا يرد الشرع بتحديدته يرجع فيه إلى العرف «١».

فالتعبير الرائج بين القدماء هو «ما يتغابن الناس بمثله و ما لا- يتغابن» و قد ورد هذا اللفظ فى المروى عن أبى عبد الله فى دعائم الإسلام، حيث قال: ينظر فى حال السلعة، فإن كان مثلها يباع بمثل ذلك الثمن أو بقريب منه مثل ما يتغابن الناس بمثله، فالبيع جائز، و إن كان أمرا فاحشا و غبنا بينا ... «٢».

و ربّما يعتبر عن هذا بما يتسامح الناس و ما لا يتسامح كما هو الوارد فى كلام الشيخ الأعظم، و قبله فى كلام الشهيد الثانى فى الروضة. و على أى حال فالجميع ناظر إلى أمر واحد و هو أنّ نقيصة الثمن عن المثل أو زيادته عليه ربّما تكون على وجه لا يتحمّله نوع الناس فعند ذلك يثبت الخيار، بخلاف ما يتحمّله نوعهم، فلا يعتدّون به فلا خيار. و بعبارة أخرى: ربّما تكون يسيرا بالنسبة إلى المبيع و الثمن فلا يعد ضررا و غبنا و أخرى تكون كثيرا بالنسبة إليهما.

و دليل هذا الشرط واضح لأنّه إن قلنا: بأنّ مدرك الخيار هو حديث تلقى الركبان و ما عطف عليه، فهو منصرف عن الضرر اليسير بحيث لا يطلق عليه أنّه غبن و تضرر، كما أنّه لو كان المدرك للخيار هو قاعدة «لا ضرر» فهو مثله فلا يطلق على اليسير الضرر، نعم هو ضرر عقلى و ليس بضرر عرفى.

و أمّا إذا قلنا بأنّ مدرك الخيار هو الشرط الضمنى و أنّ المتعاقدين يتعاقدان

(١)- ابن قدامة: المغنى، ج ٣، ص ٥٢٣. و قد ورد قوله: «و الثلث كثير» عن لسان النبى الأكرم حيث شاور سعد بن أبى وقاص النبى فى أن يتصدّق بثلث ماله، فأجاب النبى بما ذكر.

لاحظ صحيح البخارى: ٨ / ١٥٠ كتاب الفرائض باب ميراث البنات.

(٢)- المستدرک: ج ١٣، الباب ١٣ من أبواب الخيار.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٢٨

على أن الثمن يساوي المثل في القيامة، و من المعلوم أن المراد من المساواة هو المساواة التقريبية لا الحقيقية فلو كان التفاوت يسيرا فلا يعد نقضا للشرط بخلاف ما إذا كان فاحشا، و يتضح ذلك إذا لاحظنا أن سنة السوق هو التغابن و أن تثبيت قيم الأمتعة في القرون السالفة لم يكن على وجه التحقيق و الدقة بل الأسعار كانت متقاربة، فعلى ذلك فلو تضرر بشيء يسير فلا يعد خلافا للعهد بخلاف ما إذا كان التفاوت كثيرا.

و أميا ما هو المعيار في القليل و الكثير فلا شك أن المرجع هو العرف، و لا يمكن إعطاء ضابطة كلية في المقام لأنه يختلف نظر العرف من حيث اختلاف المبيع من جهة العزة و الندرة، أو الكثرة و الوفرة، و من حيث الزمان و المكان فربما يعد التفاوت في عام الجذب و الغلاء تفاوتا يسيرا بخلافه في زمان الخصب و الرخاء، كما أن ندرة الشيء و عزته يؤثر في قضاء العرف في كون التفاوت فاحشا أو غير فاحش فالأولى إرجاع التقدير إلى العرف، كما نقله ابن قدامة في كتابه.

كون التفاوت يسيرا أو كثيرا أمر نفسي لا نسبي:

إن كون التفاوت يسيرا أو كثيرا، موجبا للضرر أو لا، أمر نفسي لا نسبي، فتلاحظ المعاملة بما هي هي مع قطع النظر عن المتعاملين، من حيث إنهما غنيان أو فقيران أو بين غني و فقير، فلو كان التفاوت بالنسبة إلى نفس المعاملة من حيث المبيع و الزمان و المكان فاحشا يثبت الخيار، و إن كان المغبون ثريا لا يؤثر هذا المقدار من الضرر في حقه، و إن لم يكن كذلك فلا يوجب الخيار و إن كان المغبون فقيرا محتاجا إلى نفس هذا التفاوت و ما ذلك إلا لأن البيع ربط بين المالكين، و ليس المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٢٩

ربط بين المالكين، و قد عرف بأنه تمليك مال بمال، بخلاف النكاح فإنه علاقة وثيقة بين الزوجين، و لأجل ذلك يقول سبحانه: وَ أَنْكَحُوا الْأَيُّمَ مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (النور/ ٣٢) و مثله عقد الصلح، يقول سبحانه: إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ (الحجرات/ ١٠).

نعم يبقى هناك سؤال إذا كان الميزان في اليسير و الكثير هو نفس المعاملة فلما ذأفت المشهور بوجوب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته إذا كان متمكنا دون ما إذا كان فقيرا، فيظهر من هذا أن الضرر هنا نسبي و حالي لا نفسي و مالي. و قد أجاب الشيخ عن الاشكال بوجهين:

١- اعتبار الضرر المالي بما هو هو لأنه ضرر في نفسه من غير مدخلية لحال الشخص، و تحمله في بعض المقامات، إنما خرج بالنص.
٢- إن بذل المال الكثير في مقام امتثال التكليف، لا لتخصيص عموم نفي الضرر بالنص، بل لأجل عدم كونه ضررا بملاحظة ما يزاؤه من الأجر، كما يشير إليه قوله بعد شرائه ماء وضوئه بأضعاف قيمته: «إن ما يشتري به مال كثير» (١).
يلاحظ على الأول: أن لسان «لا ضرر» آب عن التخصيص، مثل قوله: «لا رهبانية في الإسلام» و «لا رضاع بعد فطام» و «ليس لعرق ظالم حق».

و يلاحظ على الثاني: إذا كان الأجر الأخرى جابرا للضرر فليكن كذلك في مورد الحرج، مع أنهم يقولون بأن الضرر لو كان مجحفا بالمكلف انتفى بأدلة نفي الحرج.

(١)- المتاجر: قسم الخيارات، ص ٢٣٧.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٣٠

و الأولى أن يجب: بأن قاعدة «لا ضرر» مختصة بباب المعاملات، و لا تعمّ العبادات، و ذلك لأنّ موردها و مورد غيرها من الروايات الواردة في هذا المجال، هو إضرار الناس بعضهم ببعض، ففي هذا المقام ورد قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر و لا ضرار...» و ذلك يحدّد معنى الرواية و مصبّ القاعدة، و قد عرفت ممّا أنّ النفي فيها بمعناه لا بمعنى النهي، كما عليه شيخ الشريعة - قدس سرّه - فالقاعدة تتحدث و تخبر عن عدم الضرر في المجتمع الإسلامي، و المسوّغ لهذا الإخبار - مع عدم كونه في الواقع كذلك - هو خلو صفحة التشريع عن الحكم الضرري و عدم امضائه كل عمل من المكلفين موجب لايقاع الضرر على الناس، و في هذا المجال الذي يتضارب فيه الناس، و يورد بعضهم ضررا على بعض، ينادى الشارع و يقول: «لا ضرر و لا ضرار...» و معه كيف يصحّ القول بشمولها لباب العبادات التي ليس للناس فيها دور في إيقاع الضرر، و إنّما المنشأ له هو أمره سبحانه بالصوم و التوضؤ لمن يضرّانه، و على ضوء ذلك فيفترق البابان من حيث الملا-ك ففي باب المعاملات يكون الملا-ك هو ملاحظة نفس المعاملة كما هو مقتضى قاعدة «لا ضرر»، و في غيره يكون الملا-ك ما يحدّده النص، نعم لا مانع من شمول قاعدة «لا حرج» لكلا البابين، لعمومية قوله سبحانه: «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ... (الحج / ٧٨) و هو يتحدّث عن عدم جعل الحرج في الشريعة الغراء، و جعل يعم كل مورد فيه للشارع تشريع تأسيسا أو امضاء.

ثم إنّ الشهيد ذكر في الروضة و المسالك تبعا لجامع المقاصد أنّ المغبون إمّا أن يكون هو البائع أو المشتري أو هما معا، فأشكل عليه بعض الفضلاء في تعليقه على الروضة بعدم إمكانه، و قد نقل الشيخ فروضا خمسة لا مكانه، و زاد شيخ المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٣١ الشريعة «١» فرضا سادسا، و ليست المسألة أمرا مهما.

مسألة: هل ظهور الغبن محدث للخيار أو كاشف عنه؟

هذه المسألة عنوانها الشيخ في المتاجر و لم يسبقه إليها فقيه آخر، و استظهر من عبارات القوم تارة كونه محدثا للخيار و أخرى كاشفا. و ذكر للمسألة ثمرات مختلفة نشير إليها:

١- إذا تخيّل المشتري أنّ المبيع معيب و لم يكن كذلك بل كان المشتري مغبونا ففسخ ثم ظهر الغبن فعلى القول بكونه محدثا لا تأثير للفسخ، دون ما إذا قلنا بكونه كاشفا، فقد كان له السلطة على إزالة العقد و اقراره، فإذا ظهر الغبن، أثر في الفسخ، غاية الأمر اشتبه في سبب السلطة، فهو أشبه بالخطأ في التطبيق.

٢- لو أسقط الخيار قبل ظهوره فعلى الأول يكون من قبيل اسقاط ما لم يجب، دون الثاني.

٣- لو تلف قبل ظهور الغبن، و قلنا بعموم قاعدة «التلف في زمان الخيار ممّن لا خيار له» و شمولها لمثل هذا الخيار فعلى القول بكونه محدثا فالتلف على المغبون، إذ لا- خيار في البين، و بما أنّه تلف تحت يده يكون التلف عليه، بخلاف ما إذا قلنا بكونه كاشفا، فالمغبون يكون ذا خيار فيحسب على من لا خيار له و هو الغابن.

٤- جواز التصرف قبل ظهور الغبن فيما انتقل إلى الغابن العالم بالموضوع، فلو قلنا بكونه محدثا يجوز له التصرف فيما انتقل إليه، لأنّ المعاملة لازمة و ليس هناك حق للمغبون فيما انتقل إليه، بخلاف ما إذا قلنا بكونه كاشفا فلا يجوز له

(١) - نخبة الأزهار، ص ١٨٣.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٣٢

التصرف لأنّه تعلق به حق المغبون، فلا يجوز للغابن التصرف فيه.

هذا خلاصة ما يستفاد من كلام الشيخ بعد تلخيصه و تنظيمه، و أمّا ترجيح أحد القولين فيتوقف على لحاظ ملاك الخيار، و قد عرفت

أنه استدلل بوجوه ثلاثة:

١- حديث تلقى الركبان و ما عطف عليه من الأحاديث فقد ورد فيه: «فإذا دخل السوق فله الخيار» فربما يستظهر منه كون ظهور الغبن محدثا للخيار، حيث رتب الخيار على الدخول الملازم لظهور الغبن.

يلاحظ عليه، أولا: أن أقصى ما تدل عليه القضية الشرطية وجود الخيار عند دخول السوق، و أما عدمه قبل الدخول، فلا يدل عليه، إلا إذا قلنا بالمفهوم، و هو ممنوع إلا فيما ثبت كون المتكلم فى مقام بيان العلة المنحصرة.

و ثانيا: أن الخيار و إن رتب على دخول السوق، لكن دخول السوق طريق إلى العلم بالغبن حين المعاملة، فعندئذ يكون معنى الحديث «إذا دخل السوق و علم بالغبن فله الخيار» من زمان وجود الغبن و حدوثه، و لو لم يكن الكلام ظاهرا فيه فلا أقل أنه أحد المحتملين.

٢- قاعدة «لا ضرر»، فربما يستظهر منها أن الاستفادة منه هو كون ظهور الغبن محدثا للخيار بدعوى أنه مع الجهل لا يكون الضرر مستندا إلى الشارع، بل إلى جهله، فالحكم باللزوم، إنما يكون ضروريا إذا استند الضرر إليه مع أن الضرر مستند إلى جهله، فليس لحكم الشارع باللزوم تأثير فى تضرره لكونه جاهلا بالموضوع. نعم لو كان حكمه باللزوم بعد ظهور الغبن لكان الضرر مستندا إلى حكم الشارع.

و اختاره بعض الأجلة و ملخص ما قال: إن لنا دليلين، محكما و حاكما و هما أوفوا بالعقود و قاعدة «لا ضرر» و لا بد فى تحكيم الثانى على الأول من الاقتصار على مدلوله، و هو رفع كل حكم ينشأ منه الضرر أو يكون سببا لبقائه و اللزوم فى

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٣

المعاملة الغبية كذلك إلا فى حق الجاهل بالموضوع فيبقى أوفوا بالعقود بالنسبة إليه سليما عن الحاكم و تكون أصالة عدم تأثير الفسخ و استصحاب بقاء الملك محكما.

و بعبارة أخرى: إن جعل اللزوم فى حقه ما دام جاهلا بالموضوع ليس ضروريا مستلزما لحدوثه أو بقاءه، و لا جعل عدم اللزوم رافعا. فإن قلت: لازم ذلك بقاء اللزوم و عدم تأثير الفسخ إذا كان جاهلا بالحكم، لأن حكم الشارع باللزوم ليس منشأ للضرر ما دام جاهلا بالحكم، مع أن المسلم خلافه، لاشتراك الحكم الالهى بين العالم و الجاهل، فليكن الجهل بالموضوع مثل الجهل بالحكم. قلت: إن تقييد الحكم الشرعى (الخيار) بالعلم محال لاستلزامه الدور الواضح بخلاف تقييده بالعلم بالموضوع «١».

يلاحظ عليه: أن ما ذكره مخالف لاطلاق «لا ضرر» فإن مفاده هو عدم جعل حكم ضررى و عدم امضائه سواء كان النفى مؤثرا فى رفع الضرر فى الحال أو فى المستقبل، و التفريق بين الجهل بالموضوع و العلم به، مبنى على كون المطلق ناظرا إلى الحالات فيفرق بينهما بحجة أن الحكم باللزوم ليس مجلبا للضرر فى الصورة الأولى، مع أن هذا خلاف المختار فى باب الاطلاق، بل معناه هو كون الطبيعة تمام الموضوع للحكم، و فى المقام الحكم الضررى تمام الموضوع للنفى. و المفروض أن اللزوم حكم ضررى فى حق المغبون، و كونه غير مؤثر فى بعض الحالات و مؤثرا فى البعض لا يصير سببا لدفع الاطلاق.

و أما ما ذكره فى دفع النقض الوارد فى كلام السيد الطباطبائى، فهو أيضا

(١)- نثارات الكواكب: ١٠٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٤

مخدوش إذ لا مانع من تقييد الأحكام بالعلم بنحو نتيجة التقييد أو التخصيص «١» كما فى غير مورد من الأحكام.

٣- ما اعتمدنا عليه من أن العقد مبنى على قيد المساواة بين الثمن و المثمن فى القيامة.

فإذا كان هذا مبنى الخيار فيكون من زمان التخلف لأنه معلول فقد الشرط واقعا، و العلم طريق إليه.

فظهر أن المتبادر من الأدلة كون الظهور كاشفا لا محدثا، إنما الكلام فى الآثار المترتبة على القولين فى كلام الشيخ و الظاهر عدم

وجود ثمره مترتبه على البحث.

أما الأول: فلا يخفى أنه ثمره نادره و على فرض صحته يلزم الفرق بين كون العيب داعيا أو قيدا، فيسقط الخيار على الأول دون الثانى، لأنه أسقط الخيار المقتيد بالعيب لا مطلقا، و سيجيء توضيحه.

أما الثانى: فلأن الاسقاط صحيح على كلا القولين، لما قلنا من أنه يصح الاسقاط مع وجود المقتضى.

و أما الثالث: أن قاعدة التلف فى زمن الخيار مختصه بالخيارات الثلاث:

المجلس و الحيوان و الشرط كما أوضحنا فلا يعم خيار الغبن.

و أما الرابع: فهو مبنى على منع التصرف فى أيام الخيار، و سيوافيك حكمه عند البحث عن أحكام الخيار و أنه يجوز لغير ذى الخيار التصرف فيما انتقل إليه، و إن كان متعلقا بحق الغير، غاية الأمر أنه لو فسح يرجع الفاسخ إلى المثل أو القيامة.

(١)- لاحظ الجزء الثانى بحث أقسام القطع من فوائد الأصول للكاظمى تقريراً لبحث استاذنا النائنى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٥

فى مسقطات خيار الغبن

إشارة

البحث عن المسقطات فرع ثبوت كون الخيار من الحقوق القابلة للاسقاط فالبحث عنه مقدم على البحث عن المسقطات، و قد تركه الشيخ من أصل فنقول:

إن الظاهر من أدلة خيار الغبن، هو كونه من الحقوق القابلة للاسقاط.

قد عرفت أن الأساس لثبوت خيار الغبن هو حكم العقلاء بأن للمغبون الخيار بين الفسخ و الامضاء، و أن مبنى حكمهم هو وجود الشرط الضمنى بين المتعاقدين، المفهوم من القرائن الحافه بالعقود، من حديث تساوى الثمن و المثلن فى القيامة، فإذا تخلف فلا يكون للمغبون أى التزام بحفظ العقد لأن ما عقد عليه غير ما هو الواقع فى الخارج، فعلى ذلك يصح إسقاطه فيما يصح إسقاط سائر الحقوق.

و لو قلنا بأن الأساس هو حديث تلقى الركبان، فإن قوله: «و إذا دخل السوق كان له الخيار» إشارة إلى ما هو المرتكز فى الأذهان أى الخيار المعهود بين العقلاء عند تخلف الشرط أو الوصف، و توهم أن المراد منه هو الجواز الحكمى الشرعى الذى لا يصح إسقاطه خلاف الظاهر، مضافا إلى أنه يحكم للمغبون بالخيار، و يقول: فله الخيار، لا أن العقد خيارى، حتى يصح تفسيره بالجواز الشرعى الذى لا يسقط.

و أما إذا قلنا: بأن الأساس هو قاعدة «لا ضرر» فاثبات كون الجواز بعد

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٦

جريانها هو الجواز الحقى دون الحكمى يحتاج إلى دليل، فإن رفع الضرر كما يحصل بتبدل اللزوم الحقى إلى الجواز الحقى، كذلك يحصل بتبدله إلى الجواز الحكمى، اللهم إلا أن يستأنس الفقيه بأن المتبادر عند العرف بتبدل اللزوم الحقى بجواز حقى مثله.

و على ذلك فاسقاط الخيار أمر صحيح على أكثر المبانى أو جميعها. إذا عرفت ذلك فنبحث عن المسقطات:

الأول: الاسقاط بعد العقد:

إنّ للاسقاط بعد العقد صورتين:

ألف- الاسقاط بعده و بعد ظهور الغبن.

ب- الاسقاط بعده و قبل ظهور الغبن.

أما الأول: فيصحّ إذا أسقطه مع العلم بمرتبة الغبن، أو أسقطه مع الجهل بها، لكن أسقط الغبن المسبب عن أيّة مرتبة كان، إنّما الكلام فى صورة أخرى، أعنى: إذا أسقطه بزعم أنّ التفاوت ربع، فظهر النصف، فيه وجوه:

يمكن أن يقال بعدم السقوط لعدم طيب النفس بسقوط هذا المقدار من الحق، و هذا كما إذا أسقط حق عرض بزعم أنّه شتم، فبان أنّه قذف.

و يمكن القول بالسقوط لأنّ الخيار أمر واحد مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به، فإذا أسقط أثر التفاوت الذى لا يتسامح به- و إن كان متحققا عنده فى الربع- فقد أسقط الخيار، على وجه الاطلاق و كون التفاوت

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٧

مختلف المراتب غير كون الخيار متعددا، و قد تقدّم نظير ذلك فيما إذا أقدم على الغبن بما لا يتسامح فبان أكثر بما لا يتسامح أيضا. و أما عدم سقوط حق القذف إذا عفى عن حق الشتم، فلاجل أنّ الحقيين متغايران، فلا يكون إسقاط أحدهما دليلا على إسقاط الآخر. و الحق هو التفريق بين كون التفاوت داعيا و كونه قيذا، فإن أسقط الخيار بداعى أنّ التفاوت ربع، فقد أسقط مطلق الخيار لعدم كون الداعى قيذا بخلاف ما لو أسقط الخيار المقيّد بكون سببه الربع، فلا يسقط مطلق الخيار، لأنّ الساقط غير الواقع، و لا بأس بتعدّد الخيار بتعدّد القيد، فإنّ الجزئى كزيد شىء واحد، و لكن يمكن فيه تصوّر الكثرة بالقيود الواردة عليه كزيد المتعمّم و زيد المجرد عن العمامة، و لأجل ذلك قلنا فى محله بأنّ للجزئى عموما أحوالها و إن لم يكن له عموم أفرادى.

و هذا كما إذا اقتدى بشخص بزعم أنّه زيد فبان أنّه عمرو فقد فرّقوا بين كون الاعتقاد بكونه زيدا داعيا للاقتداء بالإمام الحاضر أو قيذا، ففى الفرض الأوّل اقتدى بالإمام الحاضر، غاية الأمر طبّقه فى زعمه على أنّه زيد، بخلاف الاقتداء فى الفرض الثانى، فإنّما اقتدى بالحاضر بما أنّه زيد، و قد بان التخلّف، بحيث لو كان عالما من أوّل الأمر أنّه عمرو لم يقتد به، و مثله ما إذا قال رجل:

ادخل يا صديق و كل من الغداء، فإذا علم أنّ التوصيف بالصدّاقه من باب الداعى و أنّه لو لم يكن صديقا أيضا لدعاه إلى الدخول، لجاز له الدخول و الأكل من الغداء، بخلاف ما إذا علم أنّه قيد و أنّه لو لا الصدّاقه لما دعاه إلى بيته و لما طابت نفسه للأكل من غذائه، فيحرم عليه الدخول و يضمن قيمة الغداء.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٨

هذا كلّه إذا أسقط بلا عوض، و أمّا إذا أسقط بعوض بمعنى المصالحة عنه به، فلا اشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب، و لو اطلق و كان للاطلاق منصرف كما لو صالح عن الغبن المحقّق فى المتاع المشترى بعشرين، بدرهم، فإنّ المتعارف فى مثل هذه المعاملة هو كون التفاوت أربعة أو خمسة فى العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم، فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشرة، فقد ذكر الشيخ أنّ فى بطلان الصلح وجهين:

و الأولى أن يقال: إنّ المنصرف إليه (الغبن المتعارف) لو كان قيذا فى نظر العرف تكون المصالحة باطله، و إلّا فلا، و تصوّر جريان حكم الغبن فى المصالحة أمر بعيد لما ذكرنا أنّ المصالحة من العقود المحاباتيّة، و مثل ذلك لا يقبل الغبن.

و أمّا الثانى: أعنى: إسقاطه بعد العقد و قبل ظهور الغبن فيجوز إسقاطه قبل ظهور الغبن، و مرّ نظيره فى الخيارات السابقة، و الاشكالات المتوهّمة فى المقام مندفعه و إليك بيانها:

١- إنّ إسقاط الخيار على وجه التنجيز يتوقّف على العلم به، و هو بعد مشكوك، سواء قلنا بأنّ ظهور الغبن كاشف عنه عقلا- أو محدث و شرط شرعا، و اسقاطه على وجه التعليق ينافى الجزم فى العقود و الايقاع.

يلاحظ عليه: أنه لا- دليل على بطلان التعليق فيهما إلا الاجماع، و القدر المتيقن منه ما إذا كان التعليق على ما لا يكون الانشاء معلقا عليه فى الواقع، كقدوم الحاج و دخول الشهر، و أما التعليق على ما هو معلق عليه واقعا فخارج عنه، سواء تكلم به أم لا، و هذا كما فى طلاق مشكوك الزوجية، و اعتاق

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٣٩

مشكوك الرقية، و ابراء ما احتمل الاشتغال به، أو ابراء عن العيوب المحتملة، و ضمان درك المبيع، فالاسقاط فى الجميع صحيح سواء أ كان فى مقام الانشاء منجزا أم معلقا.

٢- أنه اسقاط ما لم يجب، و هذا يختص بما إذا كان الظهور شرطا شرعيا للخيار لا كاشفا عنه إذ على الثانى فهو اسقاط لما وجب- لو كان مغبونا- و أما على الأول، فهو اسقاط لما لم يجب حتى و لو كان مغبونا فى الواقع، لأنه إنما يثبت الخيار، إذا تحقق الشرط و ظهر الغبن.

يلاحظ عليه بما ذكرنا سابقا من أنه يكفى فى صحة الاسقاط الاعتبارى، وجود الأثر و لو بعد تبين الخيار، و العقلاء يكتفون فى المقام بوجود المقتضى و هو العقد، و إن كان الخيار فى المستقبل.

٣- الاشكال من حيث العوض المتصالح به لأن الاسقاط فى مقابل جزء من القيامة، فأحد الجزئين متحقق دون الآخر و هو الخيار. يلاحظ عليه: أن العوض هو احتمال الخيار، و هو أمر متحقق، و ليس العوض الخيار الواقعى، بحيث لو تبين الخلاف، لا- يكون الاسقاط خاليا عن العوض، نعم لو كان العوض الحق الواقعى على فرض وجوده و تبين عدمه يلزم ما ذكر.

هذا كله حول المسقط الأول أى الاسقاط بعد العقد.

و إليك الكلام فى المسقط الثانى:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٠

الثانى: اشتراط السقوط فى متن العقد:

يرد على هذا النوع من الاسقاط ما تقدم من الاشكالات المذكورة فى الخيارات السابقة فلا نعيد، نعم هنا اشكال خاص و هو لزوم الغرر و هو موجب للبطلان.

يلاحظ عليه: أن المراد من الحديث النبوى أى النهى عن بيع الغرر، أحد الأمرين:

ألف- ما اشتمل على الخدعة و الحيلة كالتدليس فى المبيع.

ب- ما إذا كان نفس البيع خطريا كبيع الطير فى الهواء، و السمك فى الماء، و اشتراء ما فى اليد المرّد بين كونه من الفضة أو الذهب، و اشتراء الصبرة من الحنطة المرّدة بين طن أو أطنان.

و بهذا المعنى يصدق الغرر على ما إذا كان المبيع مجهول الذات، أو مجهول الصفات، بل مجهول المقدار كما مثلناه.

إنما الكلام فى شموله مجهول القيامة، لكنّه على قسمين: تارة يكون السعر مجهولا بتاتا، كما إذا ترددت قيمة الشىء بين دينار و ألف دينار، فاشتره بألف دينار، و أخرى يكون معلوما فى الجملة لكنّه محتمل الزيادة، فشمول النبوى لهذا القسم مورد تأمل بل منع، و إلا يلزم بطلان أكثر المعاملات، و لا يكون الخيار مصححا للمعاملة و إلا يلزم تجويز كل معاملة غريبة بالخيار.

أضف إلى ذلك: أن رافع الغرر هو الفسخ دون الخيار، فيلزم أن تكون المعاملة حتى مع الخيار مصداقا للغرر فتبطل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤١

نعم لا يرد عليه أنه مستلزم للدور، بتصور أن الخيار فرع صحة البيع و لو كانت صحته متوقفة على الخيار فهو الدور، لأن الدور فى المقام معنى، و الخيار و الصحة متحققان معا.

الثالث: تصرف المغبون بعد العلم بالغبن:

إذا تصرف المغبون فيما اشترى بعد علمه بالغبن، فهل يسقط الخيار مطلقاً أو فيه التفصيل. و لندكر أقسامه:

- ١- إذا تصرف فى المبيع تصرفاً كاشفاً عن رضاه الفعلى بالبيع، فلا شك فى كونه مسقطاً، لأنّ الاسقاط الفعلى كالاسقاط القولى فكما لا يشك أحد فى كون الثانى مسقطاً فكذا الأول، و عندئذ يكون التصرف فى المبيع إنشاءً فعلياً للاسقاط.
- ٢- إذا تصرف فيه تصرفاً يستدل بنوعه على رضا المتصرف نوعاً بالبيع، و إن لم يعلم التزامه الفعلى به، و هذا أيضاً مسقط للخيار أخذاً بعموم العلة الواردة فى صحیحته على بن رئاب حيث قال: فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل ثلاثة أيام، فذلك رضا منه فلا شرط «١» و قد تقدم عند البحث عن خيار الحيوان، أن المراد من إحداث الحدث هو التصرف المغتير، لا مطلقه، خرجت تقبيل الأمه و لمسها من الضابطة بالدليل الشرعى، و بما أن الحديث بصدد اعطاء الضابطة يمكن الاستدلال به فى غير مورده، إذ العبرة بعموم التعليل، و لا يتبادر إلى الذهن اختصاصه بالمورد، و حاصل التعليل أن تصرف ذى الخيار يتلقى منه كونه راضياً سواء أرضى أم لا، و هذا يعم جميع الأبواب.

(١)- الوسائل: ج ١٢، باب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٢

ثم لو قلنا بعموم أدلة الخيار لصورة التصرف، يكون عموم التعليل مخصّصاً، و إن قلنا بقصورها يكون هو المرجع و مقدماً على استصحاب الخيار تقدم الدليل الاجتهادى على الأصل العملى.

٣- إذا تصرف فيه- بعد العلم بالغبن- تصرفاً لا- يكشف عن الالتزام الفعلى أو النوعى، فالظاهر بقاء الخيار لوجود المقتضى و هو إطلاق أدلة الخيار و عدم المقيد.

توضيح ذلك: أن الاجماع الذى هو أحد الأدلة فى خيار الغبن و إن كان قاصراً لاثبات الخيار حينئذ لكونه دليلاً لبيتاً، إلا أن إطلاق حديث تلقى الركبان قائم بحاله، و المغبون و إن كان فيه هو البائع، و لكنّه لا خصوصية له، و مثله قاعدة «لا ضرر»، فإن ملاك الخيار هو كون المغبون متضرراً، و هو قائم بحاله، سواء كان هناك تصرف أو لا، و الحكم بلزوم المعاملة عليه فى هذا الحال حكم ضررى و قياسه- فى كلام الشيخ- بالاقدم على المعاملة الغبية مع العلم، قياس مع الفارق، لأنّ الاقدام هناك دليل على الرضا بالغبن دون المقام، إذ المفروض أن التصرف غير كاشف عن الالتزام لا شخصاً و لا نوعاً.

و مثله حديث المساواة بين الثمن و المثمن فى القيامة، لبناء العقلاء على الخيار فى المقام، فهو محكم فى المقام، فأدلة الخيار جارية بلا مخصّص، و ما نقل من بعض معاهد الاجماع من أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة، و فيمن انتقل عنه فسخ، فالمتيقن منه هو صورتان الأوليان لا مثل المقام، إذ ليس فى البين إلا التصرف المجرد عن كل شىء.

و لو شككنا فى شمول أدلة الخيار، فالمرجع عند الشيخ الأعظم- قدس سره- هو استصحاب حكم المخصّص، أعنى: الخيار، لا الرجوع إلى العام أعنى:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٣

أوفوا بالعقود لما تقرّر فى محله من أن الزمان إذا كان ظرفاً للعام، لا قيماً للموضوع حتى يكون كل فرد من أفراد العام فى كل قطعة من الزمان موضوعاً مستقلاً، بل يكون الفرد فى جميع الأزمنة فرداً واحداً للعام، ففى مثله إذا خرج فرد فى فترة من الزمان كقبل التصرف من عموم العام مثل أوفوا بالعقود ثم شككنا فى بقائه على الحكم السابق، بالتصرف المجرد، يستصحب حكم المخصّص إذ لا يلزم من اسراء الحكم إلى زمان الشك، تخصيص زائد، بل يكون خروجه قبل التصرف و بعده، تخصيصاً واحداً لا تخصيصين.

نعم لو كان العقد الخيارى قبل التصرف فردا و بعد التصرف فردا آخر، يكون المرجع هو العام لا استصحاب حكم المخصص، لعدم بقاء الحالة السابقة، و مغايرة القضية المشكوكة مع القضية المتيقنة.

لكن المرجع عندنا مطلقا هو عموم العام فإذا قال: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و دلت مقدمات الحكمة على كون الحكم ثابتا فى جميع الأزمان فهو حجة مطلقا فى غير ما دلّ الدليل على عدم وجوبه فى قطعة خاصة، فكما إذا شكّ فى خروج فرد آخر فى قطعة من الزمان، يكون المرجع هو عموم العام، فهكذا إذا شكّ فى خروج فرد أزيد مما دلّ عليه الدليل.

و توهم أن دخول الفرد تحت العام، بعد خروجه عنه يتوقف على الدليل، مدفوع بأن هذا إنما يتم لو كان الخروج أفراديا أى يخرج الفرد عن تحت العام بما هو فرد، لا- أزمانيا أى يخرج الفرد عن تحته «بما هو واقع فى تلك القطعة من الزمان» لا الخروج من رأس، حتى يحتاج الدخول إلى دليل آخر بل هو باق تحته كما كان.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٤

الرابع: تصرف المشتري المغبون قبل العلم بالغبن:

إذا أتلف الجاهل بالغبن العين المغبون فيها تلفا حكما «١» كما إذا باعها من ثالث بعقد لازم أو اعتق العبد أو أوجد مانعا من الرد كاستيلاء الأمة فهل يسقط خياره أو لا؟

المشهور بين المتأخرين هو سقوط خياره. قال المحقق: و لا يسقط ذلك الخيار بالتصرف (السابق على ظهور الغبن) إذا لم يخرج عن الملك أو لم يمنع من رده كاستيلاء فى الأمة و العتق، و على ذلك جرى العلامة فى القواعد و المتأخرون بعده، و لم يذكره من المتقدمين سوى الشيخ، قال فى خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع: أنه لو ملك السلعة أو تصرف فيها سقط الرد. و بما أن اتفاق المتأخرين فى هذه المسألة لا يكشف عن دليل شرعى وصل إليهم و لم يصل إلينا فاللازم دراسة المسألة فى ضوء الأدلة.

استدل القائل بالسقوط بأن المتيقن من أدلته الخيار إنما هو إذا أمكن رد العين المغبون فيها، فإذا امتنع ردها، فلا دليل على جواز الفسخ، و تضرر المغبون من جهة زيادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل، فإن دفع الضرر من الطرفين، إنما يكون بتسلط المغبون على رد العين.

يلاحظ عليه: أن المقتضى لبقاء الخيار موجود، و المانع المتوهم غير مؤثر.

أما الأول: فلأن ملاك الخيار فى باب الغبن، هو بناء العقلاء المبنتى على

(١)- أما التلف الحقيقى فسيأتى حكمه فى البحث عن اتلاف الغابن تحت عنوان «حكم تلف العوضين» فلاحظ ص ٢٤٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٥

تعهد الطرفين على المساواة بين الثمن و المثلن فى القيامة، و قد تبين عدمها، و هذا الملاك موجود قبل التصرف و بعده على وجه سواء فلا وجه لسقوطه مع التخلف فى جانب الغابن.

و مثله قاعدة «لا ضرر»، فلأن تنفيذ اللزوم فى حقه حكم ضررى منفى بها، مع عدم التزامه بالضرر لا تصريحا و لا تلويحا و تصرفه عن جهل لا- يدل على الالتزام أبدا و ما فى المتاجر «أن إخراج المغبون العين عن ملكه التزام بالضرر و لو جهلا منه» كما ترى إذ كيف يكون التزاما به مع أنه لو كان واقفا على الضرر لما أخرجها عن ملكه.

و الحاصل: أن بناء العقلاء، و قاعدة «لا ضرر» هما المحكمان فى المقام، و لا وجه لرفع اليد عن مقتضاهما بحجة أن القدر المتيقن منهما، هو وجود العين.

و أما الثانى: أعنى المانع فليس إلّا ما يلى:

١- ما جاء فى كلام المستدلّ من أنّ تضرّر المغبون من جهة زيادة الثمن، معارض بتضرّر الغابن بقبول البدل. يلاحظ عليه: أنّ الضرر غير متوجّه إليه فإنّها لو كانت مثليّة فلا- ضرر فى تبديلها بمثلها، خصوصا فى هذه الأيام التى صارت أكثر القيمات مثليّة كالألبسة والأوانى وغيرهما. فإنّ الصنائع تولّد ملايين من الأجناس المثليّة التى لا تجد فيها أى فرق بين أفرادها. وإن كانت قيمية فتعريضها للبيع يدلّ على إرادة قيمتها، و أنّه لا علاقة له بنفسها، فلا ضرر أصلا حتى يعارض ضرر زيادة الثمن على القيامة خصوصا إذا كانت ممّا لا تتحمل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٦

٢- إنّ أثر الفسخ هو ترادّ العينين، و مع عدم امكانه فكيف يؤثّر الفسخ.

يلاحظ عليه: أنّ الفسخ عبارة عن إزالة العقد و الالتزام و جعلهما كالعدم من حينه، و أما ردّ العينين فإنّما هو فى مرتبة متأخّرة، فامتناع الترادّ لا يمنع عن تأثيره و تجويزه، ثمّ بعد الفسخ تصل النوبة إلى أثره و هو الترادّ فلو وجدها أخذها، و إلّا يرجع إلى البدل كما هو الحال فى باب الغرامات و الضمانات، و هذا أصل عقلاى عالمى.

و بعبارة أخرى: أنّ هناك حقّين مختلفين يجب اعمالهما حسب الامكان، حقّا للمغبون، و هو حقّ الفسخ حتى يدفع الاعتداء عن نفسه، و ليس لهذا الحق بدل.

و حقا للغابن و هو استرداد العين إذا ردّ الثمن، فإن أمكن ردّ العين، و إلّا يتنزل إلى بدلها شأن كلّ حقّ له بدل، و هو المثل أو القيامة، فالجمع بين الحقّين إنّما هو بالقول بثبوت الخيار لا سقوطه.

فإن قلت: لا يمكن بقاء الخيار مع الاتلاف أو التلف السماوى «١» و ما بحكمهما كالخروج عن الملك فى مطلق الخيارات لعدم تعقل اعمال الخيار من غير فرق بين كونه متعلّقا بالعين أو بالعقد لأنّ الفسخ عبارة عن حل العقد المتعلّق بالعين فلا بد للفسخ من عمل مقابل عمل العقد حتى يكون به فسحا، و العين التالفه، لا يعقل رجوعها إلى البائع و يلحق بها التالف الحكى.

قلت: هذا ما ذكره سيّدنا الأستاذ- قدّس الله سرّه- و حاصله: أنّه كما للعقد عمل من عمل المبادلة، كذلك لا بدّ أن يكون للفسخ عمل، و مع تلف العين

(١)- الكلام فى التلف الحكى و ذكر التلف الحقيقى من باب الاستطراد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٧

لا يتحقّق العمل، إذ العقد و الفسخ يتواردان على العين و العمل المناسب لهما قائم بالعين و المفروض تلفها.

يلاحظ عليه: أنّه لا شك أنّ الفسخ، عبارة عن حل العقد المتعلّق بالعين الموجودة فى زمان الانشاء و أنّه لا بد من وجود عمل له مثل العقد، و أمّا كيفية العمل فلا دخل له فى ماهية الفسخ بل هو أمر عقلاى، فالمغبون يفسخ تلك الرابطة المتعلّقة بالعين وقت الانشاء، و أمّا العمل المناسب له فهو راجع الى العقلاء، و هم يحكمون برّد العين عند وجودها، و بدلها عند عدمها. و سيوافيك تفصيله عند البحث عن خيار تعدّد الشرط الذى عنوانه الشيخ فى مبحث شروط صحّة العقد، فلاحظ.

نعم لو قلنا بقصور أدلّة الخيار، فالمرجع هو استصحاب الخيار عند الشيخ الأعظم على النحو الذى عرفته فى التصرف فى المبيع مع العلم بالغبن، و عموم وجوب الوفاء عندنا فلا نعيد.

فبذلك تبين أنّ الحقّ مع الشهيد و ليس على خلاف الاجماع.

هذا كلّه إذا أتلّف حكما أو أوجد فيه مانعا من الرّد. و أمّا الصور الباقية التى ذكرها صاحب الجواهر «١» و الشيخ- قدّس سرّه- فنذكر إجمالها ثمّ نأخذها بالدراسة و التحليل:

١- إذا نقلها بعقد جائز.

٢- إذا دبر العبد أو أوصى به للغير.

(١)- الجواهر ج ٢٣ / ٤٤ - ٤٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٨

٣- لو زال المانع كما إذا مات ولد أمّ الولد، أو فسخ المشتري الثانى، لعيب أو غبن.

٤- إذا أجرها للغير ثم وقف على الغبن.

٥- إذا امتزجت بمال المغبون.

٦- إذا تغيرت العين بالنقيصة الخارجية الوصفية.

٧- إذا تغيرت بالزيادة الخارجية أو الحكمة «١».

فعلى المختار لا يسقط الخيار فى واحد منها، فإذا لم يكن التلف مسقطاً فكيف بما دونه و على المشهور، ففيه التفصيل. و لإيقاف القارئ على جليء الحال نأخذ كل واحد بالبحث اجمالاً:

ألف: إذا نقلها بعقد جائز فعلى المختار لا يسقط الخيار إنمّا الكلام فى أنه هل يجب عليه تحصيل العين و لو بفسخ العقد الجائز، أو يكفى دفع البدل، و يرجح الثانى بأنه لو وجب تحصيل البدل و لو بالفسخ، وجب عليه الإقالة إذا نقله بالعقد اللازم و لو ببذل شىء لأجلها، و يرجح الأول بالفرق بين العقدين بوجود التمكّن العرفى فى العقد الجائز دون النقل اللازم، بل يمكن أن يقال: إن فسخ العقد الأول، فسخ للعقد الثانى الجائز تلوياً و كنايةً، و لكن الظاهر هو الأول لأن حقيقة الفسخ شىء، و ما يجب على الفاسخ بعده شىء آخر، و قد عرفت أن حكم العقلاء بعد الفسخ هو ردّ العين إن وجدت، و البدل إذا فقدت، و المفروض خروج العين عن ملك الفاسخ و احتمال كون فسخ العقد الأول كنايةً عن فسخ العقد الثانى، كما ترى.

(١)- كما إذا عمل فى الثوب عملاً زاد الرغبة كقصارته.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٤٩

هذا على المختار، و أمّا على المشهور فلو كان المانع هو نقل العين عن ملكه فيسقط خياره، و أمّا لو كان المانع عدم امكان الاسترداد، فيختصّ بالعقد اللازم دون الجائز لا مكان استرداده بالفسخ.

ب- إذا دبر العبد أو أوصى به للغير، فلا يسقط على كلا القولين.

ج- إذا اتفق زوال المانع بموت ولد أمّ الولد و فسخ العقد، فلا يسقط على المختار، و على المشهور فيه التفصيل بين كون المسقط هو نقل العين إلى الغير فيسقط أو عدم امكان الاسترداد فلا.

د- إذا تصرف فيها بالايجار للغير فعلى المختار لا يسقط إذ ليس الايجار بأشكل من نقل العين إنمّا الكلام فى ردّ العين أو البدل، فهناك احتمالات:

١- يردّ العين و تصحّ الاجارة لأنه أجرها و هو مالك، و الملكية المطلقة كافية فى تملك المنافع الحالية و المستقبلية، غاية الأمر يرجع الغابن بعد الفسخ بالنسبة إلى المنافع إلى أجره المثل، و يكون المسمى للمغبون، كما سيجىء تفصيله فيما إذا أجرها الغابن.

٢- يردّ العين و تقع الاجارة فضولية فيما بعد الفسخ فلو أمضى يكون له المسمى و إلّا تبطل.

٣- يردّ البدل، خصوصاً إذا كانت الاجارة غير قصيرة فإنّ المنفعة رمز العين، فعدمها يساوق عدم العين.

هـ: إذا امتزجت مع ماله، فإن كان على وجه ملحق بالتلف كاستهلاك ماء الورد فى دهن الزيت، يلحق بالتلف، و يسقط الخيار على

مبنى المشهور دون

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥٠

المختار.

و إن كان الممتزجان مثليين و كانا متغايرين فى الجنس لا يسقط الخيار و يبقى كل على ملك صاحبه كما إذا اختلط الجوز باللوز. و إن كانا متحدين فى الجنس و الوصف، كما إذا امتزج الشعير بمثله فى الوصف، تحصل الشركة، و قد أرسلوه فى كتاب الشركة من المسلمات، و لولاه يمكن القول فيه بما نقول به فى القسم الآتى.

و إن كانا متخالفين فى الوصف كما إذا اختلط الأعلى بالأردى فهناك احتمالات:

١- إلحاقها بحكم التالف، و عليه يسقط خياره على مبنى المشهور دون المختار فيرجع إليه بالقيمة.

٢- الحكم بالشركة فى الثمن - إذا فسخ - بأن يباع و يعطى من الثمن بنسبة قيمته.

٣- الحكم بالشركة فى العين بنسبة القيامة فإذا كان الأجود يساوى قيمتى الردى كان المجموع بينهما أثلاثا و ردّ هذا باستلزامه الربا فى الربوى بناء على عمومته لكل معاوضة.

و إن كانا قيميين، تتعين الشركة فى العين بنسبة القيامة، و عليه موثقه إسحاق ابن عمّار: قال: قال أبو عبد الله فى الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما فى ثوب و آخر عشرين درهما فى ثوب، فبعث الثوبين و لم يعرف هذا ثوبه و لا هذا ثوبه؟

قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، و الآخر خمسى

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥١

الثمن «١».

و- إذا تصرف فيها بالنقيصة و هى على أقسام:

١- إذا أتلّف بعض العين.

٢- إذا صارت معييا من حيث صفات الصّحة فعليه أن يردّ الباقي، مع الارش.

و يمكن القول بدفع البدل لما فى قبول الناقص من ضرر على الآخذ، فتأمل.

٣- إذا صارت ناقصا من جهة فقد الوصف «٢» و الانتقال إلى البدل هو المتعين لعدم تعلق الارش فى تغيير الأوصاف عند القوم كما سيحىء فى محلّه، و بما أنّ المختار عندنا هو الارش فى فقد صفات الكمال أيضا، يجرى فيه الوجهان السابقان فى تلف الأجزاء و صفات الصّحة. هذا على المختار، و أمّا على المشهور:

فالظاهر السقوط لعدم امكان استرداد العين على ما كانت عليه.

ز- إذا تغيرت بالزيادة، أمّا المنفصلة كالثمر فى الشجر، و الصوف و اللبن فى الشاة، فلا تمنع عن الرد لعدم حصول الشركة لأنها للمغبون.

إنّما الكلام فى المتصلة، حقيقية كانت كما إذا صارت سميئا أو حكيمة كما إذا غسل الثوب و زادت به الرغبة فاحتمل الشيخ حصول الشركة فى الأولى دون الثانية، و للتأمل فى أصل حصول الشركة فيهما أولا، و التفريق بين الزيادة ثانيا،

(١)- الوسائل ج ١٣، كتاب الصلح الباب ١١، الحديث ١ و بهذا يتبين أنّ كون المثلية ليست من شرائط الشركة كما عليه المحقق فى الشرائع، بل الاشتباه فى معرفة المال يكفى أيضا.

(٢)- وقد أشار الشيخ إلى القسمين الأولين، و لم يذكر هذا القسم. فإلى الأوّل بقوله: فإن أوجب الارش، و إلى الثانى بقوله: و من ذلك ما لو تلف بعض العين.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٥٢

مجال، و الظاهر الرجوع إلى البدل في رفع اليد عنها، و على كل تقدير سواء قلنا بالشركة أو بالرجوع إلى البدل لا يسقط الخيار على المختار أما على نظر المشهور فيسقط (١).

في تصرف الغائب:

إشارة

إن صور تصرف الغائب على وزان تصرف المغبون فلا حاجة لذكر فهرسه أولاً، و من المعلوم أن واحداً من تصرفات الغائب في العين المشتراة، لا يسقط خيار المغبون على كلاً المبنين، و الغرض في المقام بيان كيفية استرداد البائع المغبون - مثلاً - ماله من المشتري الغائب المتصرف فيه بانحاء مختلفة. و بهذا ظهر الفرق بين المقامين فالهدف في الأول هو البحث عن الكبرى و أنه هل يسقط أو لا بخلاف الثاني، فالغرض هو بيان كيفية الاسترداد و البحث في هذا المضمار على عاتق مبحث أحكام الخيار الآتي، و كان على الشيخ إيصال البحث إلى هذا المقام لکنه قدم الكلام فيها تبعاً لبعض المشايخ.

١- إذا تصرف الغائب في المبيع تصرفاً ناقلاً «٢».

إذا تصرف في المبيع بعقد لازم أو ما في حكمه، ففي تسلط المغبون على ابطال ذلك من حين الفسخ، أو من حين المعاملة، أو رجوعه إلى البدل وجوه.

الأقوى هو الثالث و به يظهر ضعف الأولين، لأن تصرف الغائب في العين

(١) - و ليعلم: أن البحث في تصرف المغبون كان مركزاً على سقوط الخيار و عدمه و أما كيفية استرداد المال فإنما ذكر استطراداً بخلاف البحث الآتي، فالبحث فيه مركز على الثانية لوضوح عدم سقوط خيار المغبون بتصرف غيره.

(٢) - العنوان يختص بالتلف الحكمي و سيوافيك التلف الحقيقي تحت عنوان «تلف العوضين».

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٥٣

كان تصرفاً شرعياً لأنه كان مالكا لها، و لم يكن حق المغبون، كحق المرتهن في العين المرهونة، و الشفيع في سهم الشريك، حتى تتوقف صحته النقل الثاني باجازة المغبون، بل حقه يتعلق بالعقد، و أن له فسخ العقد و نقض العهد، و بعد الفسخ تصل النوبة إلى استرداد ماله، فإن وجده أخذه، و إلّا انتقل إلى البدل.

و إن شئت قلت: إن هنا حقين: حقاً للغائب و هو التقلب في ماله الذي اشتراه و ليس له بدل، و حقاً للمغبون و هو استرداد ماله بالفسخ، و الجمع بين الحقين هو الانتقال إلى البدل إن لم يتمكن من استرداد العين.

و أضعف من الوجهين الأولين ما احتمله الشيخ من تقديم حق المغبون في مورد الاستيلاء، لسبق سببه، و ذلك لأن الخيار تعلق بالعقد، و رد العين أثره، فلا يكون سبقه على الاستيلاء مؤثراً في تقديم حقه.

و أمياً إذا تصرف الغائب في المبيع بالنقل إلى الغير جائزاً. فهو من مصاديق التلف الحكمي، فينتقل إلى البدل بالبيان السابق، و كون العقد جائزاً، لا يجعله من مصاديق «من فسخ و وجد المبيع موجوداً» لأن المبيع انتقل إلى الغير، و كون انتقاله بالعقد الجائز، لا يخرج عن كونه خارجاً عن ملك الغائب، و كونه جائزاً إنما هو من جانب الغائب، لا من جانب المغبون لأنه ليس طرفاً للعقد.

و احتمال الشهيد في المسالك تسلط المغبون على فسخ عقد الغائب، إن لم يفسخ الغائب، أو امتنع بعد إجبار الحاكم، و هو عجيب إذ

ليس هو طرفا للعقد، و ليس حقّ الخيار كحق الشفعة متعلّقا بالعين.

و أمّا إجباره على الفسخ أو إجبار الحاكم عليه، فلا دليل عليه بعد صحّة تصرّفه، و كون المغبون مسلّطا على الفسخ أمر، و كيفيّة استرداد العين أمر آخر، فإذا

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٥٤

تحقّق الأوّل، يرجع في الثاني إلى السيرة المألوفة بين العقلاء.

و لو عاد المبيع إلى الغابن بالفسخ ثم فسخ المغبون، يسترد عينه، اللهمّ إلّا إذا فسخ بعد أخذ البدل لسقوط حقه بأخذ البدل، و ليس البدل إلّا عوضا عن العين على وجه الاطلاق، لا بدلا مؤقتا، و لو عاد بعقد جديد كما إذا اشتراه منه مجددا، فالظاهر جواز استرداده، لأنّه فسخ و وجد عينه موجودا، خلافا للشيخ الأعظم حيث قوّى عدم وجوب الرد مطلقا «لأنّه ملك العين بعقد جديد تلقاها من مالكةا (المشترى الثاني) و الفاسخ إنّما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل، و المفروض عدم عوده، و العائد أمر آخر» و مراده من الفاسخ هو المغبون و من السبب الناقل هو العقد المشتمل على الخيار، و المقصود أنّ المغبون لا بدّ و أن يملك بالسبب السابق بعد ابطاله العقد الأوّل بالفسخ و الحال أنّه لو أبطل عقده، يواجه ملكية جديدة متوسّطة، بين الملكية السابقة العائدة، و بين الفسخ، لا ملكيته السابقة.

يلاحظ عليه: أنّ موضوع جواز الاسترداد، هو كون العين مملوكة للغابن، سواء ملكها بتمليك المغبون أو بعقد جديد، و هذا هو الموضوع للاسترداد في نظر العقلاء لا كونه متملّكا بالسبب السابق حتى يقال بعدم رجوعها بالفسخ.

٢- إذا تصرّف الغابن في المبيع تصرّفا مغيرا

إشارة

و هو على انحاء:

ألف: أن يكون موجبا لنقيصته.

ب: أن يكون موجبا لزيادته.

ج: أن يكون موجبا لامتزاجه.

و إليك البحث عن الثلاثة واحدا بعد الآخر:

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٥٥

ألف - التصرف الموجب للنقيصة:

إشارة

التصرّف المستلزم للنقيصة، تارة يتحقّق بذهاب بعض أجزاء العين، و أخرى بذهاب وصف الصحّة، و ثالثه بذهاب وصف الكمال. أمّا الأوّل: فلو كانت العين مثلية كالحنطة، فيرد الباقي مع بدل الذاهب، و إن كانت قيمية كما إذا أتلّف أحد مصراعي الباب، فيرد الباقي مع قيمة التالف، مضافا إلى ارش النقص الوارد عليه من ذهاب الهيئة الاجتماعية.

أمّا الثاني: فهو كما إذا آلت الحنطة إلى فساد، أو صارت الدايّة عرجاء أو عمياء، فيردّهما مع الارش، لأنّ الفئات مضمون بجزء من العوض، فإذا ردّ تمام العوض وجب رد مجموع المعوض، فيتدارك الفئات منه ببدله.

و إن شئت قلت: إن مفاد الفسخ هو ردّ العين على النحو الذى قبضها، فإذا لم يمكن الردّ على النحو المأخوذ، يجب دفع العوض و ليس هو إلّا الارش.

و أما الثالث: فهو كما إذا نسي العبد الكتابة، أو نسي الكلب الحراسة التى تعلّمها- و لم يذكر الشيخ الأعظم هذا القسم- فبرده بلا ارش، و ذلك لأنّ الثمن عند الشيخ و أتباعه يبذل فى مقابل الأجزاء و لا يقابل وصف الصحّة بشيء من الثمن لأنّه أمر معنوى، و لذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرًا حصل الربا من جهة الزيادة، فإذا كان هذا حال وصف الصحّة فوصف الكمال أولى بأن لا يقابل بشيء من الثمن، إلّا أن الدليل من النص و الاجماع دلّ على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف «١».

و لكن للتأمل فيما ذكره مجال، و الظاهر أنّ الثمن يوزع على الأجزاء و أوصاف

(١)- المتاجر: قسم الخيارات / ٢٧١ ط تبريز.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥٦

الصحّة و الكمال جميعًا، و أنّ ضمان وصف الصحّة بالارش مطابق للقاعدة إذ ربّما يكون المطلوب هو الأوصاف كالأمّة المغنّية فلا يشترىها إلّا لغنائها لا لكونها أمّة قادرة على الخدمة، و ما يذكره الشيخ فى أوصاف الصحّة: «من أنّها لا يقابلها شيء لكن لها مدخل فى زيادة الثمن و عدمها» غير تام بل لها دور فى الاشتراء بأزيد ممّا يشترى به الفاقد و ما هذا إلّا أنّ الثمن يقع فى مقابلها، و على هذا فيرده الغابن بالارش مثل وصف الصحّة حرفًا بحرف.

ثمّ إنّ الظاهر من الفقهاء ضمان الغابن التلف السماوى مثل إتلاف الأجنبى، أمّا الثانى فله وجه، لأنّه إذا رجع المغبون إلى الغابن فهو يرجع إلى الأجنبى، و أمّا ضمانه للآفات السماوية، فهو يحتاج إلى التصريح و لا- يكفيه الاطلاق، و ذلك لأنّ الضمان فى المقام، ضمان معاوضى ينشأ من تعهّد المتعاملين ردّ مال الآخر سالما عند استرداد ماله بوجه شرعى، و من المعلوم انصراف مثل هذا النوع من التعهّد عن الآفات السماوية الخارجة عن حيطّة القدرة البشرية اللهمّ إلّا أن يصرح بالضمان و جبر الخسارة عندها.

و أمّا تضمينه بقاعدة «على اليد ما أخذت...» فهو مشكل للشك فى اطلاقه إلى هذا الحدّ، كما أنّ تضمينه بقاعدة «تلف المبيع فى زمن الخيار ممّن لا خيار له»، أشكل لما عرفت من اختصاصها بالخيارات الثلاثة.

إذا وجدها الفاسخ مستأجرة:

فقد ذكر الشيخ وجوها ثلاثة:

١- وجوب الصبر على الفاسخ حتى تنقضى المدّة و لا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاه بالنسبة إلى بقية المدّة، لأنّ المنفعة من الزوائد المنفصلة

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥٧

المتخلّلة بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ عليه. فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق فإذا ملك آنا، ملك المنفعة بأسرها. يلاحظ عليه: أنّه خلط بين الحق و الباطل، إذ لا شك أنّ من ملك العين، آنا، يملك منفعتها الدائمة فله ايجارها و لكن حقيقة الفسخ ليس إلّا ردّ العين على ما هى عليه، لا- ردّ العين المجردة من المنافع، إذ ليس هذا النوع من الردّ ردا لها على ما هى عليه، بل ليس لها حقيقة عند العرف إلّا كونها رمزا للمنافع المستمرة، فإذا سلبها الغابن، كيف يصح أن يقال إنّ ردها على ما هى عليه.

و النظر إلى العين بما أنّها جوهر له أبعاد ثلاثة أو أربعة و أنّ بقاءها ببقاء تلك الأبعاد لا ببقاء المنافع، نظر فلسفى فإنّها إذا كانت مسلوبة المنفعة، لا توصف بالبقاء على ما هى عليه فى نظر العرف الذى لا يطلب العين إلّا لمنافعها و هى كناية عنده عنها، و يشير بها

إليها، فلا يكون ردّها مجردة عنها، ردّاً لها.

٢- و بذلك يظهر ضعف القول الثانى من انفساخ الاجارة فى بقية المدّة بحجّة أنّ ملك منفعه الملك المترزل مترزل و هو المحكى عن المحقق القمى. إذ لم يدل دليله على الضابطة الواردة فى كلامه بل اطلاق أو فوا بالعقود يقتضى صحه الايجار مطلقا، و مثله ما إذا مات الموجر، فاطلاق الآية كاف فى بقاء العقد و عدم انفساخه بموته، و للورثة الصبر إلى انقضاء المدّة.

٣- فتعين القول الثالث من ردّ العين، مع رد ما فوّت على الفاسخ من المنافع، و ليس بدلها، إلّا أجره المثل، سواء ساوى أجره المسمى أو زاد أو قلّ منها.

و إن شئت قلت: إنّ المفسوخ عليه ضامن للنقص الوارد على العين بسبب كونها مسلوبة المنافع، و لا يعلم مقداره إلّا بالرجوع إلى أجره المثل للعين

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥٨

المستأجرة.

نعم لو فسخ مع العلم بكونها مستأجرة فلا ضمان للنقص للاقدام به.

ب- التصرف الموجب للزيادة:

التصرف المغير إذا لم يكن موجبا لزيادة القيامة، لا يمنع من الردّ و لا شىء لمحدثه لأنّه عمله لنفسه لا بأمر من المغبون، و لم يحصل فى مقابله شىء. إنّما الكلام إذا كان موجبا لزيادتها فهى على قسمين:

ألف- أحدث زيادة حكيمه فى المبيع.

ب- أحدث زيادة عينيه فيه.

أمّا الأولى: فهى كما إذا بيّض الثوب و غسله، أو علم العبد الصنعة أو الكتابة فهناك احتمالات:

١- ثبوت الشركة فى العين بنسبة تلك الزيادة بأن تقوّم العين معها و لا معها و يؤخذ بالنسبة و هو خيره الشيخ الأعظم.

٢- ثبوت الشركة فى القيامة بنسبة تلك الزيادة مع كون كل من الوصف و الموصوف ملكا للمغبون.

٣- استحقاق العامل أجره المثل لكونه عمل عملا- محترما إذ لم يهتك حرمة ماله، و المبيع على هذا القول بوصفه للمغبون لكنّه كالعين المرهونة بالنسبة إلى المرتهن فكما هى ملك للراهن و متعلق حق للمرتهن، فهكذا فى المقام فالعين بوصفها الموجب لزيادة القيامة ملك للمغبون لكنّها متعلق حق للغابن.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٥٩

أمّا الثانية: أعنى: الزيادة العينيه.

فإن كانت متصله كالسمن فهل هى للفاسخ كما عليه صاحب الجواهر فى مسألة الحجر، و نقل عن العلامة فى المختلف و المحقق الثانى أنّها للمفسوخ عليه، و عليه تكون فى المقام ملكا للغابن. و الظاهر تبعيتها للعين، إلّا إذا كانت كثيرة فى الغايه، كما إذا أنفق فى تحصيلها مئونه زائدة فهى عندئذ ملك للمفسوخ عليه.

و أمّا إذا كانت منفصلة لكن قائمه بالعين كالأشجار المغروسة فهناك فى جواز القلع و عدمه احتمالات:

١- يجوز للمغبون قلعها بلا ارش، و هو خيره العلامة فى كتاب الشفعة للمختلف.

٢- لا يجوز له القلع مطلقا حتى مع الارش، ذهب إليه المشهور فى الأرض المغروسة بيد المشتري إذا أفلس و رجع البائع إلى أرضه.

٣- يجوز له القلع مع الارش و هو خيره المسالك.

٤- يجوز لكل واحد تخليص ماله عن مال صاحبه مع جبر الخسارة الواردة على الطرف الآخر من عمله. فإن أراد مالك الغرس قلعه

فعليه طمّ الحفر، و إن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس، أعنى: تفاوت ما بين كونه منصوباً دائماً و كونه مقلوعاً، و هو خيره الشيخ الأعظم.

٥- إن للبائع إلزام المشتري بأحد الأمرين: إما قلع شجرة و هدم بنائه و طم الأرض، أو ابقائهما مع أجره المثل، و على المشتري أحد الأمرين لا يجوز له التخلف عنهما، جمعا بين الحقيين و عدم إضرار أحدهما بالآخر و هو خيره السيد الأستاذ المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٦٠

- قدس الله سره - «١».

و لكلّ من الاحتمالات وجه مذكور فى المتاجر و للمسألة أشباه و نظائر و مع ذلك لا- يمكن القضاء فى الجميع بحكم واحد و لنذكرها:

١- أن توجد الزيادة فى أرض الغير بلا اذن منه كما لو غرس الغاصب فى الأرض المغصوبة أو بنى أو زرع.

٢- أن توجد باذن منه كما إذا استعار أرضاً للغرس و البناء.

٣- أن توجد فى ملك الموجد مع كونه ملكاً متزلزلاً من جهة تعلق الخيار أو حق الشفعة.

٤- أن توجد فى ملكه غير المتزلزل، لكن طراً عليه الفسخ كما فى المفلس الغارس، إذا رجع البائع إلى العين الباقية.

٥- أن يتملك أحدهما الأرض و الآخر الأشجار، أو يبيع الأرض دون الأشجار.

و حكم الأولى و الأخيرة واضح، حيث إنّه لا حقّ للغاصب فيها، فلا يزاحم ضرره ضرر المالك، و لا سلطته- المحرّمة- سلطة المالك المشروعة، كما أنّ القرينة الحالية فى الأخير تدلّ إمّا على إرادة الابقاء مع الأجرة أو القلع بلا ارش و كأنّه باع الغرس بما هو حطب أو غيرهما.

إنّما الكلام فى حكم الصور المتوسطة، و لا شكّ أنّه من قبيل تعارض الضررين، فلا يصحّ فرض الضرر على أحدهما معينا.

و لكن الكلام فى أنّ المقام هل هو من قبيل تعارض السلطتين و أنّ مقتضى

(١)- المتاجر: قسم الخيارات ج ٣٥١ / ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٦١

اطلاق سلطنة صاحب الأرض عليها، هو قلع الأشجار، كما أنّ مقتضى اطلاق سلطنة صاحب الغرس هو الابقاء.

أو أنّ دليل السلطنة فى المقام قاصر عن كلا الطرفين و أنّ المغبون مسلط على ماله و هو الأرض لا على الغرس و البناء، فلا يجوز له التصرف فيها إلّا باذن صاحبهما و لمالك الغرس سلطان على غرسه و ليس له سلطان على الأرض يتصرّف فيها و لا يجوز ذلك إلّا باذن صاحبها.

أو التفصيل بين سلطنة صاحب الأرض و سلطنة الآخر حيث إنّ للأوّل التصرف فى الغرس بالقلع دون الآخر وجوه و احتمالات و الأوسط هو الأقرب.

و مفتاح حل المشكل هو البحث عن استحقاق صاحب الغرس لحقّ الابقاء- مع قطع النظر عن دليل السلطنة- و عدمه.

الحقّ أن يقال: إنّه إذا كان الغرس باذن شرعىّ فله الابقاء مع جبر خساره الطرف الآخر بالأجرة دون ما إذا كان لا معه فمن القسم الثانى غرس الغاصب أو المشتبه أو القابض بعقد فاسد مع الجهل بالفساد، أمّا الأوّل فواضح و أمّا الأخير فلأنّ الضررين يتساقطان فالمرجع هو قاعدة السلطنة لصاحب الأرض، و المفروض عدم اذن شرعى خصوصاً فى المشتبه حيث تخيل بأنّ أرض الغير، أرض لنفسه.

و مثله المقبوض بالعقد الفاسد فإنّه و إن كان هناك اذن من المالك لكنّه كان إذنا مقيداً بصحّة العقد لا مطلقاً، و مقتضى قوله صلى

الله عليه و آله و سلم: «ليس لعرق ظالم حق» عدم ثبوت حق للمعتدى سواء كان عن علم أو عن جهل. و الظالم هو المعتدى.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٦٢

و أما وراء ذلك فاستنباط الحكم يتوقف على ملاحظة أمرين:

١- إن الغارس كان مأذونا في الغرس من جانب المالك و الشارع و لم يكن في غرسه ظلما و لا معتديا، و معنى ذلك أن ماله محترم حدوثا و بقاء ما لم يهتك احترامه، نعم و للمالك أيضا أن يتصرف في ملكه ما شاء و أراد، بالغرس تارة و البناء أخرى و الزرع ثالثة، هذا من جانب.

٢- و من جانب آخر، إن الفسخ- يتعلق بالعقد و التعهد المعاملي، و أما كيفية استرداد العين فهو أمر متأخر يرجع فيه إلى سيرة العقلاء، و المفروض أن الفاسخ استرد عينه. و الحال أنها كانت مشغولة بالغرس و البناء عن حق، و بعبارة أخرى:

عادت إليه العين مع النقص، فعليه جبر النقص حتى يصدق عليه أنه استرداد للعين على ما هي عليه و ذلك بأحد الأمرين:

١- دفع الأجرة للبقاء.

٢- أو قلعها.

و أما الإبقاء مجانا- كما نسب إلى المشهور (١) فهو يتنافى مع لزوم استرداد العين على ما كانت عليه حين الأخذ.

هذا من غير فرق بين أن يكون حق الغارس متقدما على حق الفاسخ كما في مورد التفليس إذا غرس المشتري ثم أفلس أو متأخرا كما في المقام إذ المدار على كون الزيادة مالا محترما للمفسوخ عليه، و هو حاصل في الموردين.

فإذا كان الغرس عملا محترما شرعا، بحكم الأمر الأول، و كان للفاسخ أن يسترد ماله على ما هو عليه يوم الدفع بحكم الأمر الثاني، يترتب عليه أن للفاسخ

(١)- نسبة السيد الطباطبائي في تعليقه إليهم / ٤٠.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٦٣

أن يطلب من المفسوخ عليه أحد أمرين: الإبقاء مع الأجرة، أو قلعها و ليس له إجباره بأحدهما.

و الحاصل: أن ملاحظة الأمور المذكورة تثبت ما ذكرنا من النتيجة:

١- إن الغارس كان مأذونا في عمله و تصرفه و ليس عرقه ظالم، و عمله و ماله محترم حدوثا و بقاء.

٢- إن حقيقة الفسخ هو حل العقد و أما كيفية استرداد العين فهو أمر متأخر راجع إلى حكم العقلاء.

٣- إذا استرد العين، يجب على المفسوخ عليه ردها على ما هي عليه إمّا بلا نقص أو مع جبره إذا كانت ناقصة، و لما كان المفروض نقص المبيع فعليه رفع النقص بدفع الأجرة أو قلعها و افرغ الأرض من المانع.

و إذا اختار الثاني فالمعروف لزوم طم الحفر الحاصلة من القلع على المفسوخ عليه، لكنّه منظور فيه، لأنّ الفاسخ حينما ملك الأرض كانت مشغولة بالأشجار عن حق، و هو يسترد الأرض و يعلم أن افرغ الأرض منها يستلزم ايجاد الحفر، و مع هذا الوصف، لا وجه لكون نفقه الطم على المفسوخ عليه.

و الحاصل: أنه لم يسترد الأرض الخالية بل الأرض المشغولة بالأشجار التي لو قلع لبانت الحفر و بذلك ظهر أن الحق هو القول الخامس، لكن بحذف كون أجرة الطم على المفسوخ عليه.

نعم لو قلنا بأن الخيار يتعلق بالعين نظير حق الرهن لا- بالعقد فقط، يجوز له القلع أو الاجبار عليه، لكنّه غير صحيح حتى في مورد الشفعة، إذ للشفيع حل العقد و أما رجوع العين فهو تابع لقضاء العقلاء في موردها.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٦٤

فإن قلت: إن الغرس إنما وقع في ملك متزلزل و ليس الاستحقاق للغرس في الأرض دليلاً على البقاء.

قلت: هذا ما ذكره الشيخ الأعظم و رتب عليه، أن لكل من صاحبي الأرض و الشجر تخلص ماله عن مال الآخر، و هو غير تام لما عرفت من أن الميزان كون الغارس مستحقاً للغرس في مكان خاص، مأذونا من قبل الشارع في عمله غير محدود بوقت. و منه يظهر أنه لو أعار الأرض بلا تحديد بوقت، يكون حكمه حكم المشتري الغارس دون ما إذا كان محدوداً بسنة فإن له القلع بعد سنة بلا ارش، و مثله الاجارة إلى مدة معينة، فإنه يستحق القلع بعدها، لأن الاذن كان من أول الأمر مؤقتاً محدوداً، فلو أقدم على غرس لا ينتفع به فيها فقد أقدم على الضرر.

ج- التصرف الموجب للامتزاج:

الامتزاج إما أن يكون بغير جنسه، أو بجنسه، و على الثاني إمّا أن يكون بالمساوي في الصفات، أو بالأعلى أو بالأدنى و قد مرّت أحكام الكل عند البحث عن تصرف المغبون فلا نعيد.

في حكم تلف العوضين مع الغبن: «١»

التلف إما حقيقي، أو حكمي و قد مضى حكم الثاني، بقي حكم الأول في جانبي المغبون و الغابن، ثم إن تلف ما في يد المغبون على أنحاء لأن التلف إما

(١)- و قد تقدّم حكم التلف الحكمي ص ٢٤٤.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٤٥

بآفة سماوية أو باتلافه أو باتلاف الأجنبي أو باتلاف الغابن.

كما أن تلف ما في يد الغابن ينقسم من حيث السبب إلى هذه الأقسام الأربعة فتصير الأقسام ثمانية.

أما الأول: فعلى المختار من تعلق الفسخ بالعقد، لا يسقط خيار المغبون بتلف ما في يده، لأن الفسخ أمر، و استرداد المال أمر آخر، و لو قلنا باشتراط الفسخ بإمكان الاسترداد، فالخيار ساقط.

ثم إنّه لو تلف بآفة سماوية (و قلنا بالضمان فيه خلافاً لما حققناه) أو باتلاف المغبون ففسخ، أخذ ما عند الغابن أو بدله.

و هل يغرم عليه قيمة يوم التلف أو يوم الفسخ أو يوم الأداء كل محتمل.

أما الأول: فإنّ القيامة قامت في هذا اليوم مقام العين، و أما الثاني: فإنه يوم استحقاق القيامة و الأقوى الأخير، لأنه مسئول عن العين ما لم يؤدّها، و التأديّة أعم من تأديّة نفس العين أو بدلها، و إنّما تزول المسؤولية عن العين بالردّ الأعم حسب قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»، فهو مسئول عن العين إلى أن يؤدّيها فأما أن يؤدّيها نفسها أو بدلها و ليس إلّا قيمتها يوم الأداء لا القيامة المتقدّمة، لأنه كان مسئولاً عن العين إلى يوم الأداء.

و لو تلف بالأجنبي ففسخ، فيرجع إلى الغابن، و يرجع هو إلى الأجنبي.

و إن كان رجع المغبون إليه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ، ردّ على الغابن قيمة يوم الأداء على ما عرفت.

و لو تلف بالغابن فإن لم يفسخ أخذ القيامة من الغابن و إن فسخ أخذ الثمن.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٤٦

و لو تلف بالغابن قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة، ثم ظهر الغبن ففسخ، فالمغبون يأخذ الثمن بحكم الفسخ «١» فيردّ عليه القيامة، لأنّ الأبراء بمنزلة المقبوض.

هذه هي الأقسام الأربعة لما إذا تلف ما فى يد المغبون و إليك بيان الصور الأربعة الموجودة فيما إذا تلف ما فى يد الغابن.
و أما الثانى: أعى: تلف ما فى يد الغابن، فإن تلف ما فى يده بأفة سماوية أو باتلافه (و نفترض أن الغابن هو المشتري) ففسخ و قلنا بالضمان فى الصورة الأولى أيضا، يدفع الثمن و يأخذ قيمة يوم الأداء على ما عرفت.
و إن كان باتلاف الأجنبى ففسخ، يرجع إلى الغابن فى أخذ البدل مع دفع الثمن إليه، و يجوز أيضا للفاسخ الرجوع إلى المتلف، لأن المال فى عهده.
و إن كان باتلاف نفس المغبون فإن لم يفسخ غرم بدله «٢»، و لو أبرأه الغابن ثم ظهر الغبن ففسخ، رد الثمن و أخذ قيمة المتلف لأن المبرأ منه كالمقبوض.

مسألة: فى عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع:

لا اشكال فى عدم اختصاص خيار الغبن بالبيع، بل هو ثابت فى كل معاملة غير مبنية على التسامح، و الاجماع و إن كان قاصرا عن اثبات العموم لكن

(١)- لم يذكر الشيخ الأعظم أخذ الثمن، و لعله لوضوحه.

(٢)- لا ثمره للفسخ لأنه بحكم الاتلاف يجب عليه دفع البدل، و بحكم الفسخ، يأخذ منه نفس ذلك البدل- و لذا لم يذكره الشيخ الأعظم.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٦٧

قاعدة لا ضرر و بناء العقلاء غير قاصرين.

نعم لا غبن فى الصلح لأجل رفع النزاع أو احتمال الشغل اللهم إلا إذا كان الاحتمال دائرا بين العشرة و العشرين فيصلح بالأول فبان أنه ألف، فعند ذاك يتعلّق به الخيار، نعم لو كان التساهل حاكما على الاطلاق فالظاهر سقوطه.

هل خيار الغبن فوري أو لا؟

نسب «١» إلى المشهور: أن خيار الغبن فوري، فلو أهمل فى الأعمال- بعد الوقوف على الغبن- يسقط.

استدل له بأن الخيار على خلاف الأصل- و هو اللزوم- فيقتصر فيه على المتيقن، كما استدل للقول الآخر بأن الأصل بقاء الخيار فى القطعات الأخرى من الزمان.

و كالا- الاستدلاليين يعربان عن تسليم عدم وجود اطلاق فى دليل الخيار، و لأجله لجأ الأول إلى الأخذ بالقدر المتيقن و الآخر إلى التمسك بالاستصحاب.

و لكن التحقيق عدم وصول النوبة إلى الاستدلاليين لوجود الاطلاق فى بعض أدلته و إليك دراستها.

أما الاجماع فهو دليل لئبى يؤخذ بالقدر المتيقن و مثله حديث تلقى الركبان و ما والاه فإنها فى مقام بيان أصل الخيار و أنه إذا وقف على الغبن فله الخيار، و أما أنه إذا أهمل فهل هو فوري أو لا، فهو خارج عن حريم دلالة.

إنما الكلام فى مفاد قاعدة «لا ضرر و لا ضرار» و الأول: لنفى الضرر المالى

(١)- الحدائق: ١٩ / ٤٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٦٨

و النفسى، و الثانى: لنفى ايجاد الحرج و المكروه، و القضية ظاهرة فى سلب العموم، أى نفى أى ضرر و ضرار فى الاسلام أو فى المجتمع الإسلامى، فلو أريد الأول يكون المراد نفى وجود أى حكم ضررى فيه، و لو أريد الثانى يكون المراد نفيهما فى الخارج، و قد قلنا: إن الأخبار عن عدمهما - مع وجودهما فيه - لأجل نفى أى حكم ضررى و لا ضرارى فى الشريعة، فصار هذا مسوغاً للاخبار عن عدمهما فلما رأى عدم حكم ضررى فى مجال التشريع، صار ذلك سبباً لجواز الإخبار عن عدمهما فى الخارج.

و على ضوء هذا فاللزوم الغبى حكم ضررى منفى، و صفحة التشريع خالية منه، و معنى خلوها منه، هو نفيه فى جميع الأزمنة من غير فرق بين الأول و الثانى.

و ما رُبما يقال من أن منشأ الضرر فى الزمان الثانى هو نفس المغبون، حيث ترك الفسخ، و أبقى العقد على حاله، غير تام، إذ مضافاً إلى - أن منشأ الضرر هو اللزوم الضررى غاية الأمر أن المغبون لم يدفعه عن نفسه باعمال الخيار، و هذا غير القول بأن المنشأ له هو نفسه - أن حكومة القاعدة على الأحكام الأولية ليست حكومة تدريجية حسب تدرج الزمان، و إنما هى من قبيل حكومة قانون كلى على قانون مثله، نظيره جميع العناوين الثانوية فقد شرعت أحكامها، لأجل تحديد أحكام العناوين الأولية، و على هذا فهنا حكمان:

١- لزوم العقد إذا كان ضرورياً.

٢- نفى كل حكم ضررى.

ففى ظل حكومة الحكم الثانى، يرتفع الأول من أصل، و عليه لا معنى لرفع الحكم فى زمان دون زمان.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٦٩

و ما ذكرنا لا- ينافى كون الأحكام الشرعية مجعولة على نحو القضايا الحقيقية، إذ معناها أنها أحكام تطبق على موضوعاتها حسب تواجدها فى عمود الزمان و أنه ما لم يوجد عقد غبى، لا يتحقق للقاعدة موضوع، و بعده يكون حاكماً على الاطلاق المستفاد من قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و بذلك يظهر ضعف ما أفاده صاحب الرياض من أن المدرك لو كان هو قاعدة «لا ضرر و لا ضرار» فالخيار فورى «١».

و نظير القاعدة، بناء العقلاء الذى هو الأساس لخيار الغبن، فإنهم لا يرون أنفسهم ملزمين بالوفاء بالعقد بعد ظهور الغبن و تخلف الشرط من غير فرق بين الزمانين.

نعم يجب أن لا ينتهى الأمر إلى التسامح و التوانى فلا شك أن أدلة الخيار منصرفه عن مثله.

هذا إذا أحرز الاطلاق فى دليل الخيار، و لو لم يحرز فهل المرجع هو عموم الوفاء بالعقد، أو استصحاب حكم المخصيص؟ ذهب الشيخ الأعظم إلى الثانى، قائلاً بأن العموم الزمانى تابع للعموم الأفرادى، فإذا فرض خروج بعضه فلا مقتضى للعموم الزمانى فيه، حتى يقتصر من حيث الزمان على المتيقن بل تخصيص الفرد الخارج تخصيص واحد، استمر زمان خروجه أو انقطع.

نعم لو فرض إفادة الكلام للعموم الزمانى على وجه يكون الزمان أكثراً لأفراد العام بحيث يكون الفرد فى كل زمان مغايراً له فى زمان آخر، كان اللازم بعد العلم بخروج فرد فى زمان ما، الاقتصار على المتيقن لأن خروج غيره من الزمان،

(١)- الرياض: ج ١ فى أحكام خيار الغبن.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٠

مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه «١».

يلاحظ عليه: أنه لا شك أن الآية من قبيل القسم الأول و أن الفرد فى جميع الأزمنة فرد واحد، لا أفراداً مختلفة، فهى نظير ما إذا قال: أكرم كل عالم، فكل فرد من العلماء فى مجموع الزمان فرد واحد، لا- أنه فى كل ساعة أو يوم فرد لكن هذا النوع من العام على صنفين:

تارة يكون الفرد مطلوب الا-كرام فى زمان خاص على فرض أنه لو عصى و لم يكرم، يسقط الأمر، و أخرى يكون- مع كونه فردا واحدا فى جميع الأزمنة- مطلوب الاكرام فيما بقى من الزمان و لو مع عصيانه فى الأزمنة المتقدمه و هذا لا يعنى أنه فى كل زمان فرد، و أن سقوطه فى زمان لا- يستلزم سقوط حكمه فى الزمان الآخر، بل بمعنى أن هنا موضوعا واحدا و حكما فarda، و لكنّه مطلوب استمراره، و لو عصى لا يسقط الحكم، و هذا نظير صوم يوم شهر رمضان، فمع أن مجموع ساعات اليوم موضوع واحد و لها إطاعة واحدة و لكنّه إذا أفطر فى ساعة، و جب عليه الامساك عنه فى الساعات الآخر.

هذا من غير فرق بين استفادة الاستمرار من اللفظ كما إذا قال: أكرم العلماء مستمرا، أو من مقدمات الحكمة، أو القرائن الآخر كما هو الحال فى قوله سبحانه: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فَإِنَّ قَوَامَ الْحَيَاةِ إِنَّمَا هُوَ بِالْوَفَاءِ بِهَا مُسْتَمِرًّا لَا سَاعَةً وَاحِدَةً، و لأجل ذلك لو تخلف، لما سقط و جوب الوفاء الاستمرارى بلا حاجة إلى أمر جديد.

و الحاصل: لا نقول إن الزمان فيه قيد، و ان كل فرد فى كل زمان، موضوع مستقل، بل مع الاعتراف بظرفية الزمان، و كون الفرد فى جميع الأزمنة موضوعا

(١)- المتاجر ص ٢٤٣- و قال بمثله فى الفرائد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧١

واحدا، نقول: إن المطلوب هو استمرار الحكم مطلقا، عصى فى الأثناء أم لا.

و على ضوء ذلك يكون المرجع بعد الزمان الأول، هو التمسك بالعموم، لا الأخذ باستصحاب حكم المخصص.

و لأجل ما ذكر من الدلالة على الاستمرار، يرجع القائل بالتراخى، إلى العام إذا توانى و تسامح المغبون إلى حد خارج عن العادة- مع اعترافه بكون الزمان ظرفا- و ما هذا إلّا لاستفادة الاستمرار من الآية.

و قد مرّ نظير هذا الكلام منّا فى السابق و من أراد التفصيل فليرجع إلى ما حَقَّقناه فى البحوث الأصولية.

نعم هذا كله إذا لم يكن هنا اطلاق فى أدلة الخيار، و إلّا فلا تصل النوبة إلى التمسك بالعام.

ثمّ إنّه بعد القول بالتراخى لا مجال للبحث عن حكم الجاهل بالفور كما طرحه الشيخ الأعظم.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٣

الفصل السادس خيار التأخير

إشارة

دليله.

شروط خيار التأخير.

أ- عدم قبض المبيع.

ب- عدم قبض مجموع الثمن.

ج- تأخير الثمن.

د- أن يكون المبيع عينا أو شبهها.

فى مسقطات خيار التأخير الخمسة:

أ- سقوطه بعد الثلاثة قولاً و فعلاً.

- ب- اشتراط سقوطه فى متن العقد.
 ج- بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة.
 د- أخذ الثمن من المشتري.
 ه- مطالبه الثمن.
 حكم تلف المبيع فى الثلاثة و بعدها.
 المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٥
 خيار التأخير

[تعريف خيار التأخير]

عرّفه الشيخ فى الخلاف بقوله: من ابتاع شيئاً معيناً بثمن معين و لم يقبضه، و لا قبض ثمنه و فارقه البائع، فالمبتاع أحقّ به ما بينه و بين ثلاثة أيام، فإن مضت و لم يحضره الثمن، كان البائع بالخيار بين فسخ البيع و بين مطالبته بالثمن - إلى أن قال:- و خالف جميع الفقهاء فى ذلك «١».

و يظهر من العبارة كونه من مختصات الإمامية، و به صرح المرتضى فى الانتصار «٢» و العلامة فى التذكرة «٣» ثم إنهم بعد اتفاقهم على نفي اللزوم - اختلفوا على قولين:

١- فمن قائل بطلان البيع بعدها، صرح به الشيخ فى المبسوط «٤» و القاضى فى المهذب «٥» و حكاه العلامة عن ابن الجنيّد فى المختلف، و من المتأخرين قال به

(١)- الخلاف: ٢٠ / ٣ المسألة ٢٤.

(٢)- الانتصار ٢١٠.

(٣)- التذكرة ١ / ٤٩٨.

(٤)- المبسوط ٨٧ / ٢ نسبة إلى الروايات.

(٥)- المهذب: ١ / ٣٦١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٦

المحدّث البحرانى فى الحدائق حيث قال: الحقّ هو ما ذهب إليه ابن الجنيّد و الشيخ هنا «١» و مال إليه السيد الطباطبائى فى تعليقه على المتاجر «٢» و قال:

الانصاف يقتضى ما ذكره صاحب الحدائق.

٢- و من قائل بالصحة و ارتفاع اللزوم، و إليه ذهب الشيخ فى الخلاف - كما عرفت - و فى النهاية، و حكاه فى الحدائق عن المفيد، و ابن سعيد فى الجامع «٣» و المحقق فى الشرائع و من جاء بعده غير من عرفت.

[أدلة خيار التأخير]

إشارة

و عرفان الحق رهن دراسته أدلته فنقول: استدلال للخيار بوجوه:

١- الاجماع:

و المعلوم أنه اجماع مستند إلى الروايات.

٢- قاعدة «لا ضرر».

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار فى أحكام الخيار؛ ص: ٢٧٦
فإنّ الضرر هنا من جهات:
أ- أن يكون تلفه منه.
ب- كونه محجورا من التصرف فيه.
ج- وجوب حفظ المبيع للمشتري. وربما يكون الحفظ حرجيا أيضا.
يلاحظ عليه: أنه لو كان الميزان هو الضرر و الحرج النوعيان يصح التمسك بهما مطلقا سواء أ كان هناك ضرر و حرج شخصيان أم لا، غاية الأمر تكون الروايات الآتية محدّدة لمفادهما، و أمّا إذا كان الملاك هو الشخص، فتختلف حال الاشخاص و لا يصحّ الحكم بالخيار إلّا بعد طروئهما، فربّما يكون فى مورد ضروريا أو حرجيا دون المورد الآخر و لكلّ حكمه، و لأجل قصور الوجهين فالأولى الاستدلال بالروايات.

(١)- الحدائق: ٤٨ / ١٩.

(٢)- التعليق: ٥٢ / ٢.

(٣)- الجامع للشرائع / ٢٤٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٧

٣- الروايات المتضافرة

المغنية عن دراسة رجالها و هى بين صحيحة و موثقة و ضعيفة.

١- صحيحة زرارة، عن أبى جعفر - عليه السلام -: قال: قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع، ثم يدعه عنده، فيقول: حتى آتيك بشمته؟ قال: إن جاء فيما بينه و بين ثلاثة أيام، و إلّا فلا بيع له.

٢- خبر عبد الرحمن بن الحجاج قال: اشترت محملا فأعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه، ثم احتبست أياما، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه فقال:

قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا- و الله لا- أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بأبى بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصيتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أفضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلّا فلا بيع له.

٣- صحيحة على بن يقطين: أنه سأل أبا الحسن - عليه السلام - عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن؟ قال: فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض يبعه و إلّا فلا بيع بينهما.

٤- خبر إسحاق بن عمار، عن عبد صالح- عليه السلام- قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام و لم يجئ فلا بيع له «١». و لأجل تحديد مفاد الروايات و تبين شروط خيار التأخير نبحت عن أمور:
الأول: ما هو مفادها، فهل هي ظاهرة فى البطلان بعد ثلاثة، أو ظاهرة فى نفي اللزوم؟ وجهان: يرجح الأول بأن النكرة الواقعة فى سياق النفي موضوعه لنفي

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٨

الحقيقة، فإذا تعدت- لوجود البيع- فأقرب المجازات و هو نفي الصحة، أولى.

و يؤيده فهم جماعة من الأصحاب كما مر.

و يرجح الثانى بأن الهيئة و إن كانت ظاهرة فى نفي الحقيقة ثم نفي الصحة إلا أن هنا قرائن تدل على أن المراد نفي اللزوم و إليك البيان:

١- إن الجزاء المقدر- فى صحيحة زرارة: «إن جاء فيها بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له»، و فى روايه عبد الرحمن بن الحجاج: «من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له» و فى روايه على بن يقطين:

«فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما»- عبارة عن قوله: يجب عليه الوفاء بالعقد، أو يجب أداء المبيع، و نحو ذلك، فلو كان هذا هو الجزاء فيكون مفسراً لقوله «و إلا فلا بيع له» و المراد أنه إذا لم يجئ لا يجب عليه الوفاء و الأداء لا البطلان.

و يؤيد ذلك أن الإمام عبث فيما يفسد من يومه بالعهد و قال: «العهد فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل» «١» و معناه أنه بعد مرور الزمان المحدد، لا تعهد للبائع و هو عبارة أخرى عن نفي اللزوم.

و بعبارة أخرى أن الهدف من السؤال، هو تعيين تكليف البائع فإنه كان فى السابق ملزماً- بالوفاء- بالعقد، و اقباض المبيع فأراد أن يقف على أنه هل هو ملزم به مثل السابق أو لا، فوافاه الجواب بأنه لا بيع، فيكون المراد، هو نفي اللزوم، فأشبهه بالبناء المترزلاً الذى يصح أن يوصف بأنه لا بناء، كما يصح أن يوصف المنهدم أيضاً بأنه لا بناء.

٢- إن الحكم فى المقام امتنانى، و مقتضاه صحته بلا لزوم لا بطلانه إذ

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٧٩

ربما يتعلّق الغرض ببقاء العقد و استمراره بحيث يكون فى بطلانه ضرر عليه.

٣- ما ورد فى دعائم الإسلام: أنه من اشترى صفقة و ذهب ليجئ بالثمن فمضت ثلاثة أيام و لم يأت به: فلا بيع إذا جاء يطلب إلا أن يشاء البائع «١».

٤- يؤيده أيضاً ما فى روايه على بن يقطين قال: سألت أبا الحسن- عليه السلام- عن رجل اشترى جارية و قال: أجيئك بالثمن؟ فقال: «إن جاء فيما بينه و بين شهر و إلا فلا بيع له» «٢» بناء على أن الرواية غير مختصّة بموردها و أن الاجابة مستحبة إلى شهر- و ذلك جمعا بين الروايات- و هو لا يجتمع مع البطلان.

و أمّا تأييده بإفراد الضمير فى أكثر الروايات، الدال على انتفاء البيع بالنسبة إلى المشتري، فهو معارض بما فى روايه على بن يقطين «بأنه لا بيع بينهما»، فلو قلنا بعدم المفهوم للأول يرتفع التعارض.

و لو شك فى المفاد، فالمحكّم عند الشيخ هو استصحاب الآثار المترتبة على البيع، و ليس اللزوم بالنسبة إلى الصحة من قبيل الفصل

إلى النوع، حتى يلزم من ارتفاعه، ارتفاع الموضوع و انهدام وحدة القضيتين، بل اللزوم و الجواز من الآثار و الأحكام للصحة، فهى موضوع لهما عند العرف كما لا يخفى.

و لكن التمسك به إنما يصح لو احتملنا طروء البطلان على البيع بعد انعقاده صحيحا قطعاً، و أمّا لو احتملنا أن معناه عدم انعقاد المعاملة من الأصل و أنها مرعية بعدم تأخير الثمن أزيد من ثلاثة، فإذا أحر أزيد منها، انكشف عدم انعقاد المعاملة من حين وقوعها، فلا يكون فى المقام قضية متيقنة حتى تستصح.

(١) - المستدرک: ج ١٣، الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ١.

(٢) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٠

شروط خيار التأخير:

إشارة

يعتبر فى خيار التأخير أمور أربعة:

- ١- عدم قبض المبيع.
 - ٢- عدم قبض مجموع الثمن.
 - ٣- عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين.
 - ٤- أن يكون المبيع عيناً أو شبهها كصاع من صبرة.
- و إليك دراسة هذه الشروط:

الشرط الأول: عدم قبض المبيع:

يعتبر فى ثبوت خيار التأخير عدم قبض المبيع، و نقل فى الحدائق و الجواهر «١»: اتفاق الأصحاب عليه و نقل فى الأخير عن بعض الأفاضل: عدم اعتباره و مال هو إليه، و على كل تقدير، فمصدر القولين ما عرفته من الروايات.

فقول:

يدلّ على الاعتبار صحیحته على بن يقطين حيث قال: «فإن قبض بيعه، و إلّا فلا بيع بينهما» ثم إن الفعل (قبض) لو قرئ مخففاً يتعدى إلى مفعول واحد، يقال قبض الشيء: أخذه و قبض الله فلاناً، و قبض روحه: أماته، قال سبحانه: وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمَعْرُوفِ وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ (التوبة/ ٦٧) و على هذا يكون الفاعل صاحب البائع أى المشتري: أى فإن قبض صاحب المبيع.

(١) - الحدائق: ١٩ / ٤٥، الجواهر: ٢٣ / ٥٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨١

و أمّا لو قرئ بالتشديد فحينئذ يتعدى إلى مفعولين يقال: قبض فلاناً المال:

أعطاه إياه، و على هذا يكون الفاعل هو البائع، و المراد: قبض البائع صاحبه المبيع.

و على كلا التقديرين لفظه «البيع» بمعنى المبيع بقرينه صدر الرواية: «بيع البيع» و الفقرة على كلتا القراءتين دالّة على اشتراط عدم

القبض، و أنه لو كان هناك قبض فلا خيار.

و هناك احتمال ثالث و هو قراءة «البيع» بالتشديد و هو يطلق على كل من المتعاملين، و قد رجعت إلى بعض المعاجم فلم أجد استعماله مفردا، و على فرض صحته فلو قرئ الفعل بالتشديد يكون البيع مفعولا و يقصد منه المشتري أى: إن قبض البائع المشتري.

و لو قرئ بالتخفيف فإن قصد منه المشتري يكون فاعلا أى: إن قبض المشتري ماله.

نعم لو أريد منه- فى هذه الحالة- البائع يكون الكلام راجعا إلى قبض الثمن.

و الاحتمالات الثلاثة الأخيرة ضعيفة، و الأول ثم الثانى هو الأقوى.

و نقل بعض المحشّين أنّ الموجود فى نسخة المختلف مكان «بيعه» هو «ثمنه» و على هذا يسقط الحديث عن الدلالة، و لكن الاعتماد عليها ضعيف جدا.

ثمّ إنّه لو تمّت دلالة الحديث فأمر الاطلاقات سهل.

أمّا خبر إسحاق بن عمّار: «من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام و لم يجرى فلا بيع له، فالذيل منصرف إلى أنّه لم يجرى ليقبض المبيع بقرينة قوله: «من اشترى بيعا» فهو على الشرطية أدلّ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٢

و أمّا ما جاء فى كلام القاضى ابن عياش حيث نقل عن الإمام: «من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلّا فلا بيع له» فلا يعتد بإطلاقه و لعلّ ترك القيد لكونه مفروضا فى السؤال حيث قال:

«و اشترت محملا فأعطيت بعض ثمنه، و تركته عند صاحبه» و تصوّر أنّ ترك المتاع عنده، قبض كما ترى، و مثله ما ورد فى صحيحة زرارة «ثم يدعه عنده» و المراد منه، هو جعل المبيع مشخصا لا إقباض المبيع، و لأجل ذلك لو تلف، تلف من مال البائع لا الصاحب. و مثله حديث الجارية، و بالجملة لا يستفاد من هذه الروايات الثلاث أنّ موردها قبض المبيع، حتى يعارض ما دلّ على شرطية عدم قبضه.

و بالجملة: لو قلنا بأنّ المراد هو إقباضه و تركه عنده أمانة، فيكون مفادها أنّ تمام الموضوع هو المجيء بالثمن فإن جاء به فى الثلاثة، و إلّا فلا بيع، و عند ذلك يقع التعارض بينه و بين صحيحة ابن يقطين.

و لكن تفسير الايداع فى رواية زرارة أو الترك فى رواية عبد الرحمن بن الحجاج بالقبض غير تام و الرائج هو العقد و تعيين المبيع و عدم قبضه، و لأجل اعطاء الاطمئنان للبائع، لا يقبض المبيع حتى يجيء بالثمن، فيكون المورد ممّا لم يقبضه المثلث.

ثمّ إن قبض البعض كلا قبض، لأنّ البعض ليس بمبيع إلّا إذا انحلّ إلى مبيعين، و يكون البعض فى مقابل واحد.

و لو بذل المشتري الثمن، و امتنع البائع من قبضه و إقباض المبيع فلا خيار لأنّ مدار الخيار على عدم المجيء بالثمن و المفروض أنّه بذل و امتنع

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٣

البائع.

و لو قبضه المشتري بلا إذن البائع، مع عدم إقباض الثمن، فالظاهر سقوط الخيار. لفقدان الشرط، و صدق القبض.

إنّما الكلام إذا استردّه، فقد بنى الشيخ الأعظم المسألة على ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه، إذ مع ارتفاع الضمان لا ضرر على البائع إلّا لأمرين و كلاهما قابلان للدفع:

١- و جوب حفظ مال الغير.

٢- عدم وصول ثمنه.

و كلاهما قابلان للدفع فله أخذ المبيع مكان الثمن مقاصه، و أمّا مع عدم ارتفاع الضمان فيجرى دليل الضرر.

الظاهر سقوط الخيار أيضا مثل ما لم يسترده لحصول القبض، و الملاك فى سقوط الخيار و عدمه فى الروايات هو صدق القبض و عدمه. و ليست المسألة مبيئة على الضرر.

و لو سلمنا فالظاهر بقاء الخيار حتى مع ارتفاع الضمان و ذلك لأن الضرر- من الأمرين اللذين أشار إليهما- بعد باق، لأن التقاص إنما هو فى مورد امتناع من عليه الحق عن الأداء لا مطلقا.

و لو مكّن البائع المشتري من القبض، فلم يقبض، فقد بنى الشيخ المسألة على ارتفاع الضمان و عدمه فيسقط على الأول دون الثانى. و الظاهر بناء المسألة على صدق القبض و هو غير صادق.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٤

الشرط الثانى: عدم قبض الثمن:

اتفقت كلمتهم على هذا الشرط، و هو ظاهر الأخبار و قد تكررت هذه الجملة: إن جاء بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له. حتى أن بعضهم جعل الموضوع عدم المجيء بالثمن، سواء أقبض المثلث أم لا، فهو شرط متفق عليه، و قبض بعض الثمن، ك: لا قبض لعدم كونه ثمنا.

و لو قبضه بلا- إذن فهو ك: لا- قبض، لأن تعيين ما فى الذمة فى فرد، من صلاحيات المشتري لا- البائع، اللهم إذا كان ممتنعا، فيعين بتعيين الفقيه، و بالجملة أن ولاية المشتري فى تعيين الثمن الكلى فى فرد بعد باق، فلا يتعين بدون إذنه.

و علله الشيخ بوجه آخر و هو «أن ضرر ضمان المبيع مع عدم وصول الثمن إليه على وجه يجوز له التصرف فيه باق»، و قد عرفت أن الخيار فى المقام تعبدى و ليس دائرا مدار الضرر. و الحق عدم صدق قبض الثمن عليه، و هذا هو الوجه لبقاء الخيار.

و لو كان مديونا للمشتري بمقدار الثمن، فاحتسبه ثمنا، الظاهر عدم الكفاية لما عرفت من أن تعيين الثمن الكلى فى فرد يحتاج إلى إذن المشتري أو تدخل الفقيه عند امتناعه.

و لو عرض المتاع على المشتري و مكّنه منه فلم يقبضه، فأخذ من ماله بمقداره فهل يسقط الخيار أو لا؟ فقال الشيخ بسقوطه لعدم دخوله فى منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخير.

يلاحظ عليه: أن تعيين الكلى فى فرد يحتاج إلى إذن المالك، أو تدخل

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٥

الفقيه، و المفروض أنه غير ممتنع، فكيف يتعين فيه. و لا- يجوز له الأخذ تقاصيا، لما عرفت من أنه فى مورد امتناع من عليه الحق عن ادائه.

و لو مكّنه المشتري من الثمن فلم يقبض، فالظاهر عدم الخيار، لانصراف الأخبار عن مثله بل لا يصدق عليه عدم المجيء بالثمن. كما أنه لو امتنع البائع من تسليم المثلث، فالظاهر عدم الخيار، لانصراف الأخبار عنه. بل القول بالخيار فى الصورتين الأخيرتين أمر مستنكر عرفا.

الشرط الثالث: تأخير الثمن ثلاثة أيام:

المتبادر من الروايات أن التحديد بثلاثة، تحديد شرعى و امهال مولوى من جانب الشارع للمشتري، و من المعلوم أن الإمهال إنما هو فى مورد لم يكن هناك مجوز للتأخير كاشتراطه فى متن العقد.

الشرط الرابع: أن يكون المبيع عينا أو شبهها كصاع من صبرة:

و يمكن استظهاره مضافا إلى وروده فى عبارة الخلاف و المهذب و غيرهما من كتب الأصحاب، أنه ورد فى النصوص الجمل التالية:
١- «يشترى من الرجل المتاع ثم يدهه عنده» و ٢- «اشترى محملا» و ٣- «عن الرجل يشترى المتاع أو الثوب» و كلها ظاهرة فى الشخصى، و لا يعم الكلى.

نعم ورد فى نقل ابن عياش عن أبى عبد الله - عليه السلام -: «من اشترى شيئا».

و فى رواية «بيع البيع» و فى رواية إسحاق بن عمار: «من اشترى بيبعا».

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٦

و الحق أنه لا يستفاد من الطائفة الأولى الاختصاص بالشخص، كما لا يستفاد من الثانية العموم لعدم كونها فى مقام البيان من هذه الجهة.

غير أن هذا الخيار لما كان على خلاف القاعدة فإن الجواز بعد اللزوم ثبت تعديدا فيقتصر على المتيقن من الموارد، و هو المبيع الشخصى مضافا إلى المناسبة المغروسة فى الأذهان من أن هذا الخيار لأجل ذب الضرر عن جانب البائع، و هو موجود فى الشخصى دون الكلى، لا أقول إن الحكم دائر مدار الضرر، و لكن يمكن أن يكون قرينة على الانصراف.

أمور معتبرة عند بعضهم:

إشارة

ثم إن هنا أموراً اعتبرها بعضهم نذكرها:

١- عدم الخيار للمشتري:

و وجه اعتباره أن ظاهر الأخبار أن خيار التأخير فى مورد يكون المشتري بغير حق و أما ذو الخيار فله حق التأخير فإن التأخير بمنزلة التأجيل.

يلاحظ عليه: أن ما استظهره من الأخبار أمر صحيح، لكن ليس لذى الخيار حق التأخير، بل يجب عليه تسليم ما لديه سواء كان بائعا أم مشتريا، و ذلك لإطلاق قوله سبحانه أوفوا بالعقود لما عرفت من دلالة على استمرار وجوب الوفاء أولا، و إطلاق سلطنة الناس على أموالهم ثانيا، و ما فى يد المشتري ملك للبائع.

أضف إلى ذلك: أن لزام ذلك كون مبدأ خيار التأخير، هو التفريق فى مطلق البيع، و بعد انقضاء الثلاثة فى بيع الحيوان و هو كما ترى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٧

٢- تعدد المتعاقدين:

يشترط تعدد المتعاقدين لأن النص مختص بصورة التعدد.

يلاحظ عليه: أن الظاهر وجود القصور فى التعبير و لعل «تعدد المتعاقدين» كناية عن امكان القبض و الإقباض و عليه فلو عقد الجدد، و بيده العوضان لا يتحقق الشرط، و إلا فلو أمكن القبض و الإقباض فلا اشكال فى ثبوته و إن كان العاقد واحدا، كما إذا كان وكيلاً عن الطرفين فى خصوص إجراء العقد و العوضان بيد الموكلين.

٣- عدم كون المبيع جارية:

و لعل من شرط ذلك استند إلى رواية ابن يقطين (١) الماضيه و هى معرض عنها و لو حملت على الاستحباب، لقصر عن اثبات اللزوم.

و أما مبدؤه فالكلام فيه كالكلام فى غيره من الخيارات فلا نعيد.

فى مسقطات خيار التأخير:**إشارة**

يسقط هذا الخيار بأمر قد تقدم الكلام فيها فيما مرّ و نذكرها فى المقام اجمالاً:

١- إسقاطه بعد الثلاثة، قولاً أو فعلاً:

و مثله إسقاطه كذلك فيها و قد عرفت أنه ليس من قبيل إسقاط ما لم يجب، و بما أن مستند خيار التأخير هو الروايات لا «قاعدة لا ضرر» لا يصح أن يقال: إن السبب هو الضرر الحاصل بالتأخير

(١)- الوسائل: ج ١٢ الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٨

فلا يتحقق إلّا بعد الثلاثة، و على ضوء ما ذكرناه فالعقد مقتضى لثبوت الخيار، فيصح إسقاطه كسائر الخيارات.

٢- اشتراط سقوطه فى متن العقد:

وجه الصحه ما ذكرناه و به يتبين عدم تماميه ما ذكره الشيخ فى عدم صحه الإسقاط: «إن السبب فى هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط الخ» بل السبب نفس العقد بنحو المقتضى، و ليست القاعدة مستندا لخيار التأخير بل الروايات.

٣- بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة:

ذكره العلماء فى التذكرة، و قيل بعدم السقوط لأجل الاستصحاب و استصوبه الشيخ لو كان مدرك الخيار هو الروايات دون القاعدة لبقاء الموضوع فى الأولى دون الثانية، لأن الموضوع- لو كان مدرك الخيار هو القاعدة- هو الضرر، و لا شك فى عدم الضرر حال بذل الثمن فلا ضرر ليتدارك بالخيار، و لو فرض تضرره سابقاً بالتأخير فلا يتدارك ذلك بالخيار و إنما يتدارك به الضرر المستقبل. يلاحظ عليه: أنه لو كان المدرك لخيار التأخير هو الروايات لا حاجة إلى الاستصحاب، بل اطلاقها يكفى فى إثبات بقاء الخيار حيث يقول: «إن جاء ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلّا فلا بيع له»، أى تنقضى سلطنته مطلقاً سواء بذل الثمن فيما بعد أو لا.

كما أنه لو كان المدرك قاعدة الضرر، يجوز التمسك بالخيار لو احتمل كون الضرر واسطه فى الثبوت دون العروض لأنه إذا كانت الواسطه واسطه فى الثبوت يكفى وجود الواسطه آناً ما فى دوام الحكم كالتغيير فى الماء فيحدث فيه نجاسة مستمرة و إن زال تغييره بنفسه، فالموضوع للحكم فى القضيتين هو الماء و التغيير

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٨٩

واسطة فى ثبوت الحكم له لا فى استمرار الحكم، و فى المقام الموضوع للخيار هو العقد، و السبب حدوث الضرر فى الثلاثة، فيكفى ذلك فى بقاءه و إن زال الضرر بعده ببذل الثمن.

٤- أخذ الثمن من المشتري بعد الثلاثة:

و يقع الكلام فى الثبوت و الإثبات، أما الأول: فلو نوى عند الأخذ الالتزام بالبيع، فالخيار يسقط و إلا فلا، و عندئذ لا يكون مسقطا مستقلا بل يكون من المسقطات الفعلية و يدخل فى القسم الأول، أعنى: إسقاطه بعد الثلاثة، و قد عرفت أنه أعم من القول و الفعل. و أما الإثبات فالظاهر أنه يحكم عليه بالإسقاط إذا كان عالما بالموضوع و الحكم، فلا يقبل منه تفسير الأخذ بغير هذا الوجه، من غير فرق بين علمه بوجه الأخذ، أو الظن به أو عدمهما.

٥- مطالبة الثمن:

و قد احتمل بعضهم سقوطه به و هو ضعيف إذ لا دلالة لها على الإسقاط، إذ من المحتمل أن تكون لأجل استكشاف حال المشتري و أنه هل مستعد للدفع فيمضى أو لا فيفسخ، و لو ادعى ذلك فيقبل منه. و كم فرق بين أخذ الثمن و مطالبته.

هل خيار التأخير فوري أو لا؟

ظاهر النصوص هو كونه على وجه التراخي و أن للبائع بعد عدم مجيء المشتري بالثمن، الخيار مطلقا، و لا قصور فى النصوص حتى يتمسك بالاستصحاب، و على ضوء هذا لا- موضوع للبحث عن كون المورد من مواضع التمسك بالعام أو من مواضع التمسك بالاستصحاب.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩٠

حكم تلف المبيع فى الثلاثة و بعدها:

إشارة

قد عرفت أن البيع- عند تأخير الثمن- لازم فى الثلاثة و جائز بعدها إما مؤقتا ثم يصير لازما كما على القول بالفورية، أو مستمرا كما على القول بالتراخي، فعندئذ يقع الكلام فى أحكام تلف المبيع فيها و بعدها، فيقع الكلام فى صورتين:

الصورة الأولى: تلف المبيع بعد الثلاثة:

إشارة

اتفقت كلمتهم على أن المبيع لو تلف بعد الثلاثة كان من البائع إجماعا مستفيضا بل متواترا، و من المعلوم أن الإجماع، إجماع مستند إلى الدليل الشرعى، و هو عبارة عن القاعدة الفقهية المعروفة «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه».

و اطلاق الحديث يعم ما لو تلف فى حال الخيار أو بعده و القاعدة متخذة من النبوى المرسل، و قد رواه صاحب المستدرک (١). و يؤيده حكم العقلاء فإن البائع مسئول عن المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري، و لا يكفى إجراء العقد فى رفع الضمان ما لم ينضم إليه التسليم، و تؤيده معتبرة عقبه بن خالد عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترك

المتاع عنده، و لم يقبضه، قال: آتيك غدا، إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه، حتى يردّ

(١) - المستدرک: ج ١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩١

ماله إليه «١».

و يكفى إطلاق الرواية فى المقام، سواء قال المشتري: «آتيك إن شاء الله غدا» أو لا، كان فى زمان الخيار أم لا؟.

[علاج تعارض قاعدتين فقهيّتين مع النبوى: «كل مبيع قد تلف...»]

إشارة

نعم هناك قاعدتان ربّما يتراءى منهما أنّ الضمان على المشتري دون البائع، و على ذلك يجب علاج التعارض بين النبوى الماضى و هاتين القاعدتين، و إليك البيان:

١- «الخراج بالضمان»:

هذه القاعدة تدلّ على الملازمة بين الخراج و الضمان، و أنّ من له الخراج و الغلة و النماء، فعليه الضمان، و بما أنّ الخراج هنا للمشتري لأنّ نماء الملك لمالكه، فعليه الضمان.

فيطيب لى قبل علاج التعارض توضيح مفاد القاعدة و بيان مصدرها.

انّ الملازمة بين ملكية النماء و الخراج و ضمان الرقبة، يتصوّر على وجهين:

١- الملازمة بين ملكية النماء، و ضمان المالك لملك نفسه، سواء كانت الملكية قطعية غير متزلزلة أو غير قطعية متزلزلة.

٢- الملازمة بين ملكية النماء و مطلق ضمان العين، و إن كان لأجل الاستيلاء

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، الحديث ١. و فى سند الرواية محمد بن عبد الله بن هلال، و لم يرد فيه توثيق، لكن

يروى عنه المشايخ نظراء: محمد بن الحسين بن أبى الخطاب، و الحسين بن عبيد، و محمد بن أحمد بن يحيى و غيرهم.

و أمّا خالد بن عقبه فهو الذى روى أفضيه النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم عن الصادق - عليه السلام - و هو ممدوح و إذا انضم إليهما

اتقان الرواية كفى فى الاعتماد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩٢

على عين الغير من غير حق، كالمتصرّف فى عين الآخر بلا إذن، و قد فهم أبو حنيفة من الحديث معنى وسيعا يشتمل القسم الثانى

أيضا، فحكم بعدم اشتغال ذمة غاصب الدابة إذا استغلّها، معللا بأنّ الخراج فى مقابل ضمانه للعين، و لما سمع الصادق - عليه السلام -

ما أفتى به أبو حنيفة قال: فى مثل هذا القضاء و شبهه تجبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها ... «١».

و على هذا يكون الحديث مختصّا بضمان المالك مقابل خراج ملكه سواء أ كان ملكا قطعيا أم متزلزلا و تعميمه إلى مطلق الضامن و

لو عن استيلاء باطل، مردود بنص الإمام الصادق - عليه السلام - مضافا إلى أنه أمر مستنكر عرفا يجب تنزيه الشرع عنه. أضف إلى أن مورد الحديث عبارة عن ضمان المالك ماله و إن كانت مالكيته متزلزلة و نحن نذكر من الكثير القليل منه ليكون معينا على فهم الحديث.

إن رجلا اشترى غلاما في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و به عيب لم يعلم به فاستغله ثم علم العيب فردّه، فخاصمه إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله إنه استغله منذ زمان، فقال رسول الله: الغلّة بالضمآن، و في بعض الروايات: قضى أن الخراج بالضمآن (٢).

و يدل عليه أيضا ما رواه إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبي إبراهيم - عليه السلام - الرجل يرهن الغلام و الدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال:

على مولاه، ثم قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون؟ قلت: في عتق العبد، قال:

(١) - الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١٧ من أبواب أحكام الاجارة، الحديث ١.

(٢) - سنن البيهقي: ج ٥ / ٣٢١ باب المشتري يجب بما اشتراه عيبا و قد استغله زمانا.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٩٣

ألا ترى فلم يذهب ما لهذا؟ ثم قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائة دينار فزاد و بلغ مائتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له (١).

هذا فقه الحديث و توضيحه «٢» و أمّا علاج التعارض، فربما يعالج، بأخصيية الأول عن الثاني، و أنّ الأول مختصّ بما قبل القبض، و الثاني أعم منه و من عدم القبض، و الحق بالنظر إلى موردها أنّ بين الحديثين، التباين من حيث الموضوع فإنّ موضوع الأول، هو «حالة عدم قبض المبيع»، و الآخر على العكس، فالحديثان متوجهان إلى موضوعين لا إلى موضوع واحد، حتى نبحت عن التعارض و عدمه.

٢- التلف في زمن الخيار ممّن لا خيار له:

هذه هي القاعدة الثانية التي تعارض النبوى الأول (التلف قبل القبض)، فلو تلف بعد الثلاثة أي في زمن خيار البائع، فالتلف من المشتري، لأنه ممّن لا خيار له، دون البائع. و لو قلنا بامتداد الخيار، يكون التعارض بينهما استمراريا.

يلاحظ عليه: أنه قد تقدّم تحديد مفاد القاعدة عند البحث عن خيار الحيوان، و قلنا إنّ القاعدة قاعدة تعبدية ليس لها أصل بين العقلاء فيقتصر على موردها و هي مختصة بخيار الحيوان إذا تلف في الثلاثة فهو من البائع الذي لا خيار له، و خيار الشرط في خصوص تلف المبيع إذا كان المشتري ذا خيار و لا يمكن

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٥ من أبواب الرهن الحديث ٦.

(٢) - و بذلك يظهر عدم تمامية تفسير الحديث بأنّ المراد أنّ الخراج كالزكاة و الجزية في مقابل التعهدات للمسلمين من ادارة شؤونهم العامة، و نحو ذلك، كما تبيّه به سيدنا الأستاذ - قدس سرّه - في المقام.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٢٩٤

التعدّي عنهما إلى غيرهما، و قد ذكرنا ما هو الوجه العرفي لتضمين البائع في المقام، فلاحظ. و على كل تقدير فمورد القاعدة عبارة

عن التلف بعد القبض كما هو صريح نصوصها، بخلاف المقام.

الصورة الثانية: إذا تلف فى الثلاثة:

إشارة

إذا تلف المبيع فى وقت اللزوم أى فى الثلاثة فقد اختلفت كلمتهم فى المقام إلى أقوال ثلاثة:

- ١- التلف من المشتري، نسب إلى المفيد، و به قال الشيخ فى الخلاف، و هو خيرة سلا و أبى الصلاح.
- ٢- التلف من البائع، نصّ به الشيخ فى النهاية.
- ٣- التفصيل بين ما إذا عرض البائع التسليم فامتنع المشتري من القبول فالضمان عليه، و ما إذا لم يعرض فالضمان على البائع «١».

استدل للقول الأول- على ما فى المختلف- بأنّ المال انتقل إلى المشتري فيكون ضمانه عليه. يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره صحيح لكن ضمانه إنّما يرتفع حسب الرواية بالقبض و القبض، و المفروض أنّه تلف قبلهما فيكون الضمان على البائع، و بذلك يظهر أنّ الحق هو القول الثانى، بل تضمين المشتري لماله قبل القبض أمر يستنكره العقلاء فيجب تنزيه الشرع عنه.

(١)- المختلف: ١٧٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩٥

لو اشترى ما يفسد من يومه:

لو اشترى ما يفسد من يومه و لم يجئ بالثمن. ففى مرسله محمّد بن أبى حمزة:

فى الرجل يشترى الشيء الذى يفسد من يومه و يتركه حتى يأتية بالثمن؟ قال: إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و إلّا فلا بيع له «١».

و فى خبر عن زرارة عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى حديث قال: العهدة فيما يفسد من يومه مثل البقول و البطيخ و الفواكه يوم إلى الليل «٢».

إنّما الكلام فى تبين ما هو المقصود من «ما يفسد من يومه» فإن كان المراد منه ما يفسد قرب دخول الليل، فيكون الخيار فى أوّل أزمنة الفساد، و من المعلوم أنّ الخيار لا يجدى فى هذا الحال.

لكن الظاهر أنّ المراد منه هو اليوم مع ليله، و قد تقدم فى مبحث خيار الحيوان: أنّ لذلك اللفظ استعمالات مختلفة، منها هذا و هو اصطلاح رائج، فالمفسد هو مبيته، فيكون للبائع مجال لبيعه من غيره، و لو تأخّر الخيار عن أوائل الليل، لضاق المجال و ربّما صار غير متمكّن منه. و لأجل ذلك عبّر الشهيد بخيار ما يفسده المبيت.

ثمّ إنّ الشيخ عدّ هذا الخيار من شئون خيار التأخير، و قال: يشترط فيه ما يشترط فيه، و استظهر السيد الطباطبائى أنّ هذا الخيار، لا دخل له بخيار التأخير و لذا عدّه فى اللمعة قسماً آخر، إذا المدار فيه على تأخير قبض الثمن، و الحكمه فيه دفع ضرر فساده عن البائع، بمعنى كون التلف قبل القبض عليه، فلو فرضنا

(١)- فى سنده حسن بن رباط، و لم يوثق.

(٢)- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١١ من أبواب الخيار الحديث ١ و ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩٦

قبض الثمن دون المثمن و كان تأخيره موجبا للفساد، كان للبائع أيضا الخيار ...

و الحاصل أن هذا الخيار، خيار تأخير قبض المثمن فى مورد خاص، و الخيار السابق خيار تأخير الثمن، و الحكمة فى هذا دفع ضرر ضمان المبيع من جهة الفساد، و فى السابق دفع ضرر الصبر على تأخير الثمن «١».

يلاحظ عليه: أن لسان الروايات فى المقامين واحد، و عرفت روايه محمد بن أبى حمزه حيث جاء فيها: «إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن ...» حيث خصّ الخيار بمورد عدم المجيء بالثمن و مفاده أنه لا خيار له إذا جاء به سواء قبض المثمن أم لا، و جعله كناية عن قبض المثمن بحجّه أن الغالب أنه يقبض المثمن حين المجيء بالثمن كما ترى و إلا يلزم جعله كناية عنه فى جميع الموارد، مع أنه لم يجعل كناية عنه فيما سبق.

على أنه لو لا هذا الترخيص، لكان القول بانصراف حديث «التلف قبل القبض على البائع» عن المورد هو المتعين إذ هو السبب لتلف ماله لا البائع، و عليه فلو فرضنا عدم الخيار للبائع لما كان يتوجه ضرر عليه إلا من ناحية تأخير ثمنه. و الظاهر وحدة الخيارين ماهية و شرطا.

و لو لم يحدث فى البيع إلا فوت السوق، فلا شك أن الحكم بلزوم العقد ضرر على البائع، فيجوز له البيع من الغير، و ما أفاده الشيخ من كونه فوت نفع لا ضرر إنما يصح لو كان الفاتت هو النفع و ربما يكون الفاتت رأس ماله و قيمته.

(١) - تعليقه السيد الطباطبائى - قسم الخيارات / ٥٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩٧

الفصل السابع خيار الرؤية

إشارة

تعريفه.

دليله.

فى مسقطات خيار الرؤية الستة:

أ- التسامح فى الأعمال على القول بالفورية.

ب- الاسقاط القولى بعد الرؤية.

ج- التصرف بعد الرؤية.

د- التصرف قبل الرؤية.

ه- إسقاطه باللفظ قبل الرؤية.

و- إسقاطه فى متن العقد.

فى سقوط خيار الرؤية بالبذل و الإبدال.

اختلاف المتعاقدين فى الصفة.

خيار الرؤية لا يختص بالبيع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٢٩٩

خيار الرؤية

تعريف خيار الرؤية؟

عَرّفه الشيخ فى الخلاف بقوله: بيع خيار الرؤية صحيح، و صورته أن تقول: بعثك هذا الثوب الذى فى كمي أو فى الصندوق فيذكر جنسه و صفته «١».

و قال ابن قدامة: و يعتبر لصحة العقد، الرؤية من البائع و المشتري جميعا، و إن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية، و إن لم يره المشتري أيضا فللكل واحد منهما الخيار- إلى أن قال:- و إذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفى فى صحة السلم، صحّ بيعه فى ظاهر المذهب «٢».

و قال المحقق: و يلحق بذلك خيار الرؤية و هو بيع الأعيان من غير مشاهدة و يفتقر ذلك إلى ذكر الجنس و هو القدر الذى تشترك فيه أفراد الحقيقة، و ذكر الوصف و هو الفارق بين أفراد ذلك الجنس.

إلى غير ذلك من الكلمات الحاكية عن حقيقة هذا الخيار و هو أن طريق الخروج عن الغرر إما الرؤية و المشاهدة، أو التعريف و التوصيف سواء أ كان من

(١)- الخلاف: ج ٢ / ٥ المسألة ١ من كتاب البيوع.

(٢)- المغنى: ج ٣ / ٥٢١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٠

البائع أم من غيره، فإذا رأى المبيع فإن كان المرئى مطابقا للموصوف، و إلا فله الخيار.

و عند ذلك يطرح فى المقام سؤال: و هو أن خيار الرؤية عندئذ يرجع إلى خيار تخلف الوصف، و لا يكون خيارا برأسه، و إن ذكرت الخصوصيات بصورة الاشتراط، فيكون من قبيل خيار تخلف الشرط.

و يمكن أن يقال: إن خيار تخلف الوصف عبارة عن بيع شىء موصوفا بوصف فى متن العقد، بخلاف خيار الرؤية فإنه عبارة عن توصيف البائع المبيع خارج العقد أو تواطئهما عليه، أو سبق رؤية المبيع، أو اختيار جزء منه و قياس الباقي عليه، ثم العقد عليه مبتئا على وجود الوصف.

و بهذا يمكن التفريق بين خيار الرؤية و خيار تخلف الشرط، فلو ذكر الوصف فى العقد بصورة الاشتراط و قال: اشترط عليك أن يكون كاتباً، و تخلف فالخيار خيار تخلف الشرط دون خيار الرؤية، لأنه البيع مبنيا على وجود الوصف فى المبيع بأحد الطرق المذكورة من دون الاشتراط على البائع فى متن العقد- مضافا- إلى أن خيار تخلف الشرط يصدق فيما إذا كان الشرط، إنجاز عمل كالخياطة و غيرها. و ما ذكرنا، من الفرق أظهر مما ذكره بعض المحققين «١» فلاحظ.

ثم لو صحّ بيع خيار الرؤية، لدلّ على أن ذكر القيود فى العقود غير لازم، و أن القيود المبنية عليها كالمذكورة فى متن العقد، و إن الاصرار على أن القيود إنما تكون لازمة الوفاء إذا كانت مذكورة فى العقد، واقعة تحت الانشاء غير تام- و إن كان بعض السادة من المشايخ مصرّا عليه فى درسه الشريف «٢».

(١)- تعليقه المحقق الايروانى / ٤٨.

(٢)- الأستاذ فقيه العلم و الفقهة السيد محمد الكوه كمرى- قدّس سرّه-.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠١

ما هو الدليل على صحة البيع:

المشهور عند الإمامية هو الصحة قبل ظهور الخلاف و بعده، قال في الجواهر: لا ريب في صحة البيع نصاً و فتوى بل الاجماع بقسميه عليه (١).

نعم في المقنعة: و لا بأس ببيع الموجود في الوقت بالصفة و إن لم يشاهده المبتاع في الحال، فإن قبضه و وجده على الصفة التي ابتاعه عليها كان البيع ماضياً، و إن كان بخلاف الصفة كان مردوداً (٢) و قريب منه عبارة الشيخ في النهاية (٣) و الظاهر أن المراد أنه قابل للرد بدليل أنه عتبر به أيضاً في خيار الغبن، فلاحظ.

و أما أهل السنة فقد نقل الشيخ عن الشافعي أنه قال: في القديم مطلقاً، و في الحديث أنه يصح في الصرف و الصلح، و قال في الأم، و البويطي: لا يصح، ثم قال: و المسألة على قولين، و الذي يختارونه أنه لا يصح. و قال أبو حنيفة: يصح ذلك و إن لم يذكر الجنس ... و إنما يفتقر إلى تعيين المبيع (٤) و نقل ابن قدامة عن أحمد: أنه لا يصح حتى يراه لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع (٥).

(١) - الجواهر: ج ٢٣ / ٩٢.

(٢) - المقنعة / ٥٩٤ - الطبعة الحديثة.

(٣) - النهاية / ٣٩٧.

(٤) - الخلاف: ٢ كتاب البيوع المسألة ١، و ما نقله عن أبي حنيفة من عدم لزوم ذكر الجنس و كفاية التعيين، هو من أقسام بيع الغرر فكيف جوزه؟

(٥) - المغنى: ٣ / ٥٢١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٠٢

أقول: يدل على الصحة السيرة المستمرة بين العقلاء، حيث يبيعون أطنانا من الحبوب براءة نموذج منها، كما يبيعون المنسوج كذلك، و لم يرد عنه ردع فتشملة أدلة الامضاء، مضافاً إلى النص الوارد في المقام، أعني: صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله - عليه السلام -: إنه لو قلب منها و نظر إلى تسعة و تسعين قطعة ثم بقي منها قطعة و لم يرها لكان له في ذلك خيار الرؤية (١) و الرواية ظاهرة في أنه اشترى الضيعة بتخييل أن ما لم يره مثل ما رآه فبان الخلاف أو محمولة عليه.

و قد استدل في الحدائق (٢) برواية زيد الشحام و هي قاصرة الدلالة، و من أراد التوضيح فليرجع إلى مرآة العقول (٣).

ثم إن المعروف ذكر الأوصاف التي ترتفع بها الجهالة الموجبة للغرر و ربما ذكر ضابطتان غيرها:

١- ما ذكره العلماء في التذكرة و قال: يشترط في بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكتفى في السلم عندنا.

٢- يذكر ما يختلف الثمن باختلافه كما عن الوسيلة و جامع المقاصد، و الظاهر أن المرجع في الجميع واحد.

ثم إن في المقام إشكالات ذكرها الشيخ لا بأس بتوضيحها:

١- وجود التنافي بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه، و كفاية ذكر أوصاف

(١) - الوسائل: ج ١٢ الباب ١٥ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٢) - الحدائق: ٩ / ٥٧.

(٣) - مرآة العقول، باب بيع السلم.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٠٣

السلم من جهة أنه قد يتسامح في السلم في ذكر بعض الأوصاف لإفضائه إلى عزة الوجود، و هذا المانع مفقود في المقام.

و أجاب الشيخ فى المقام بأنّ المعتبر فى السلم عين المعتبر فى المقام لكن ربّما يتسامحون فى بعض أفراد السلم لئلاّ ينتهى إلى عزّة الوجود. و لكن الجواب غير تام، لرجوعه إلى إلغاء الشروط اللازمة فى الصّحة. و أنّ الفقهاء حكموا بصّحة العقود الغرريّة لغاية وصول المشتري إلى أغراضه و هو كما ترى.

و الأولى أن يقال: إنّه لا يعتبر فى المقام أزيد ممّا يعتبر فى باب السلم بحيث يرتفع الغرر العرفى و يكفى فيه ذكر ما يتعلّق به أغراض غالب الناس. فيرتفع التنافى بارجاع الملاك إلى الثانى، لا العكس كما صنعه الشيخ.

٢- إنّ الأوصاف التى يختلف الثمن من أجلها غير محصورة و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم، و قد أشار الشيخ إلى هذا الاشكال بقوله: «ثمّ إنّ الأوصاف التى يختلف الثمن ... إلى آخره».

٣- إذا كان التوصيف يقوم مقام الرّؤية، فيجب أن يعتبر فى الرّؤية ما يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتبرة فى العين الغائبة ممّا يختلف الثمن باختلافه، و المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرّؤية على جميع الصفات المعتبرة فى السلم و بيع العين الغائبة، و أشار أيضا إلى هذا الاشكال بقوله: «و أشكل من ذلك ... إلى آخره».

و قد أجاب الشيخ عن الاشكالين بجواب واحد بقوله: «و لا أجد فى المسألة أوثق من أن يقال: إنّ المعتبر هو الغرر العرفى فى العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة فإنّ دلّ على اعتبار أزيد من ذلك حجّة معتبرة أخذ به.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٤

أقول: إنّ الجواب عن الاشكالات الثلاثة أمر واحد، و هو أنّ أساس البيع على الانتفاع المعقول، و المدافّة التامة تسدّ باب المعاملات و المسامحة الخارجة عن الحدّ توجب الغرر، و الاقدام على البيع و الشراء على وجه يرتفع به الغرر العرفى هو الأوسط، و هذا هو المعتبر فى بيع الأعيان الحاضرة و الغائبة، و فى السلم و غيره، غير أنّ ما ذكره «من أنّ الغرر العرفى أخص من الغرر الشرعى» غير تام لأنّه ليس للغرر حقيقة شرعية. نعم لو دلّ الدليل على اعتبار شىء فى باب البيع مع عدم استلزامه غررا- لو لم يعتبر- كلزوم تعيين المبيع بين ثوبين متساويين من جميع الجهات، فيعتبر تعبدا لا لأنّ فى عدم تعيينه غررا.

٤- إنّ الأوصاف إن لم تذكر تلزم الجهالة من حيث الوصف و إن ذكرت كانت قيّدا فيلزم الغرر من جهة الجهل بوجود المقيّد بها فيرجع إلى غرر أعظم و هو غرر الوجود. و قد أشار إلى هذا الاشكال بقوله: «ثمّ إنّ يمكن الاستشكال فى صحّة هذا العقد ... إلى آخره».

و أجاب عنه ما هذا حاصله: بالفرق بين كون الأوصاف شروطا و كونها قيودا، و الغرر بمعنى الجهل بوجود المبيع إنّما يلزم لو كان من قبيل الثانى حتى يكون المبيع أمرا واحدا لا ما إذا كان من قبيل الأوّل، و هو كون المبيع، هو الموجود فى بيته قطعاً و لو كان هنا شك فليس الشك فى وجوده و عدمه بل الشك فى وجود الكيفية الزائدة على المبيع. و أشار إلى هذا الجواب بقوله: «و يمكن أن يقال: إنّ الأوصاف بمعنى الاشتراط لا التقييد» و لكن الجواب غير تام، و الفرق بين القيد و الشرط دقّة عقلية لا يلتفت إليها العرف، فلو قلت: بعثك الفرس العربى فهو فى نظرهم مثل ما قلت: بعثك الفرس و اشترط عليك أن يكون عربيا، فلو كان الشك فى وجود المبيع الموصوف غررا فالغرر موجود فى كلا الموردين. و العبارة

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٥

طريق إلى المقصود و ليست مطلوبة بالذات، حتى تكون نفس الصيغة ملاكا.

و كيفية التعبير مناطا للحكم، فإنّ الغاية لديهم هى الأمور الخارجية الملموسة، لا التعبيرات و الجمل المختلفة فمن فرق بين العبارتين، فجعل التخلف فى الأولى من قبيل تخلف المبيع دون الثانى، فقد أعطى للكلام موضوعية و هو كما ترى، و الحق أنّ التخلف فى كلا الموردين من باب تخلف الكيفية، لا تخلف الموضوع، و إنّما يكون من قبيل الثانى إذا قال: بعثك هذا القطن، فبان حديدا.

ثمّ إنّ الشيخ أجاب عن الاشكال بجواب ثان و هو بناء البيع على تصديق البائع أو غيره فى إخباره بأنّ تصاف المبيع بالصفات المذكورة

أو بناء البيع على الاطمئنان باخباره و الوثوق بقوله. أو التزامه الشرعى و تعهده القانونى على كون المبيع موصوفا بصفه كذا كما سيوافيك تفصيله عند البحث عن المسقط الخامس فانظر.

٥- كيف يكون العقد صحيحا و الحال أن المعقود عليه غير موجود، و الموجود غير معقود عليه.

و الجواب أن تخلف الأوصاف على قسمين: قسم يكون التخلف سببا على مغايرة المعقود عليه مع الموجود، كما إذا باع قطنا فبان حديدا، و أخرى لا يكون سببا على المغايرة بل المعقود عليه يكون موجودا، غاية الأمر يكون فاقدا للوصف و الكيفيه العاليه المطلوبه كما فى المقام.

٦- إن الموجود و إن لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا أنه اشترط اتصافه بوصف، بمعنى تقيّد الرضا به فلو تخلف يكون البيع باطلا و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد لأجل فساد شرطه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٦

أقول: هذا الاشكال لا يختص بالمقام (تخلف وصف الكمال) بل يأتى فى باب تخلف وصف الصحه الذى يعبر عنه بخيار العيب، و فيما إذا صار الشرط فاسدا. و قد أجاب عنه الشيخ بأنّ الاستفادة من النصوص و الاجتماعات من الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع لفقدان الصفه المقصوده غير المتقومه للمبيع.

و الجواب بظاهره غير تام لأنّ معناه أن مقتضى القاعدة هو البطلان، إلا أن الصحه من باب النصوص و الاجتماعات.

ثمّ إنه ربّما يجاب عن الاشكال بأنّه أشبه بمقام تعارض الاشارة و الوصف كما أنه إذا قال: بعتك هذه الحنطة الصفراء فبانت حمراء فتقدم الاشارة على الوصف لأصريتها، فكذا المقام فإنّ بيع الحنطة الموجوده فى البيت كأنه إشاره إليها، فتقدم على الوصف.

و لكن الجواب غير مفيد، لأنّه يدفع به الاشكال الخامس من أن المعقود عليه غير موجود، و الموجود غير معقود عليه لا- الاشكال السادس.

ثمّ إنّ الشيخ نقل عن بعضهم- و لم يسمه- «١» جوابا آخر، و حاصله: هو الفرق بين أن يقع القيد وصفا للكلى كما إذا قال: بعتك الحنطة الصفراء فدفع الحمراء فإنّه يكون من قبيل الوفاء بغير الجنس، من غير فرق بين أن يكون الوصف أمرا مقوما أو عرضيا، لأنّ الماهيات و المفاهيم مثار الكثرة فالمفهوم من الحنطة الصفراء، غير المفهوم من الحنطة الحمراء، و المعقود عليه هو الأوّل غير الثانى. و ما

(١)- قال بعض المحشّين: المقصود هو الشيخ على كاشف الغطاء فى تعليقه على خيارات اللعنه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٧

إذا ورد وصفا للموجود الخارجى، فلو كان الوصف ذاتيا أى مقوما لا عرضيا كان من قبيل تخلف الذاتى، و أمّا إذا كان الوصف عرضيا فالمبيع و إن كان هو الموصوف إلا أنه يصدق على الفاقد أيضا.

يلاحظ عليه: بمثل ما ذكرناه فى الجواب السابق فإنّ الكلام فى الاشكال السادس و هو أن الرضا مقتيد من أوّل الأمر بالمقتيد دون العارى عنه، و كون الوصف أمرا عرضيا أو ذاتيا لا يكون قاعا للاشكال. و الحق فى الجواب ما أشار إليه الشيخ نفسه فى باب تصحيح العقد عند بطلان الشرط من كون المقام من باب تعدّد المطلوب و أن الوصف و إن كان مذكورا فى الانشاء بعنوان القيدية- فضلا عمّا إذا لم يكن- إلا أنه يجرى عليه فى العرف حكم تعدّد المطلوب، و السر فى حكمهم هو كونه كذلك فى أغراض نوع المعاملين. نعم لو علم فى مورد كون المقام من باب وحده المطلوب بحيث لا يكون المشتري راضيا بدونه، فالأولى الحكم بالبطلان.

و الدليل على أن المقام من قبيل تعدّد المطلوب، هو أنه لو اقتنع المشتري بالفاقد، لا يطلق عليه أن البائع وفى بغير الجنس أو أخذ غير المبيع، بل يقال أخذ و اقتنع بالكيفيه النازله.

هذه هى الاشكالات الستة فى كلمات الشيخ. و قد عرفت ما هو الحق فى الجواب،

[أمور]

إشارة

بقيت هنا أمور:

ألف: إن الخيار مختص بما إذا كان الموجود مغايرا للموصوف،

غير أنه يظهر من بعض فقهاء أهل السنة أن الخيار يثبت تلو الرؤية مطلقا كان هنا تخلف أو لا، نقله ابن قدامة عن الثورى و أبى حنيفة و أصحابه، و هو كما المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٨ ترى «١».

ب: الظاهر من الأصحاب كون المشتري مختيرا بين الرد و الإمساك،

ولا يجوز له أخذ الأرش خلافا للمنقول عن السرائر حيث أثبت الأرش أيضا و خصه الشيخ بما إذا كان الوصف وصف الصحة لا وصف الكمال. و سيوافيك اتقان ما ذهب إليه صاحب السرائر فى المقام عند البحث عن خيار العيب، و قد تقدم ما يفيدك سابقا و قلنا إن الثمن يوزع على الأعيان و أوصاف الصحة و الكمال، و إن التقسيط موافق للقاعدة، و الاجماع المنقول على عدم الأرش فى الأوصاف الكمالية مخالف للسيرة العقلية و لم يرد ردع عنها.

ج: إن المرجع فى تشخيص الداخل فى الحقيقة، و الخارج عنها هو العرف،

فاختلاف الخل المتخذ من التمر مع الخل المتخذ من الزبيب إنما هو فى الأوصاف، مثل اختلاف الدهن المتخذ من الغنم و البقر، بخلاف لحومهما فالاختلاف هناك فى الجنس، هذا ما يذكرونه فى المقام. نعم تظهر من الفقهاء فى باب الربا المعاوضى ضابطة أخرى و هو تبعية الفروع للأصول، و بما أن الأصول (التمر و الزبيب و الغنم و البقر) هناك متغايرة فالفروع محكومة بحكمها، فيجوز التفاضل عند المعاوضة بحجة أنهما من جنسين لا من جنس واحد. و على تلك الضابطة تكون الأمور المذكورة متغايرة فى الجنس فى باب الربا و فى الوقت نفسه يحكمون على الحنطة و الشعير بأنهما من جنس واحد.

(١) - فى صحيحة جميل المتقدمه «و لو نظر إلى تسع و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له فيها الخيار»، و لكن القدر المتيقن، هو وجود المتغايرة بين المرئى و غيره، لا- أن وجود الرؤية سبب للخيار مطلقا و لو لم تكن متغايرة- مضافا- إلى كونه أمرا مستنكرا فى نظر العقلاء عند ما كانت الوحدة سائده.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٠٩

فلو ثبت نص أو إجماع على تلك الضابطة فيؤخذ بها و إلا فالمحكم فى المقامين واحد و هو العرف، سواء كانت الأصول متغايرة أو متجانسة.

د- خيار الرؤية فورى:

هل خيار الرؤية فورى أو لا-؟ ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين فى كونه على الفور إلا أحمد حيث جعله ممتداً بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤية.

و الحق هو الفورىة أخذنا بما دلّ على استمرارىة لزوم الوفاء بالعقد، خرج منه الزمان الأول، و الشك فى الزمان الثانى، فيؤخذ بالدليل الاجتهادى دون استصحاب حكم المخصيص، و قد تقدّم أنّ التمسك بالعام فى أمثال المقام غير مبنى على كون الفرد فى كل زمان فردا غيره فى الزمان الآخر، بل تكفى استفادة الاستمرار من وجوب الوفاء- كما تقدم-.

و أما التمسك على التراخى بإطلاق الصحيحة الماضية فهو كما ترى لأنه ليست إلا بصدد أصل التشريع. و أضعف منه ما ذكره السيد الطباطبائى من دلالتها على التراخى لأجل مضى مدة طويلة من حين المعاملة إلى وقت السؤال.

يلاحظ عليه: أنّما يصح إذا كان السائل هو المشتري، مع أنّ الظاهر غيره حيث قال: سألت أبا عبد الله عن رجل الخ.

ثمّ إنه إذا كان جاهلا بالحكم أو بفوريته أو نسيهما، فهل تعد عذرا أو لا، الظاهر لا، لعدم الدليل على كونه عذرا، اللهم إلا أن يقال: بأنّ لزوم الوفاء عليه ضررى فيثبت إلا أن يتسامح.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٠

فى مسقطات خيار الرؤية**إشارة**

يسقط هذا الخيار بأمور:

١- التسامح فى الأعمال

على القول بالفورية.

٢- الإسقاط القولى بعد الرؤية

و لا كلام فيهما.

٣- التصرف بعد الرؤية،

لما عرفت أنّه يعدّ عرفا، التزاما بالبيع، و إسقاطا فعليا له، و قد عرفت أنّ المستفاد من صحيحة على بن رثاب فى خيار الحيوان «١» هو الحكم الكلى من غير اختصاص بخيار الحيوان.

٤- التصرف قبل الرؤية

و الظاهر عدم الإسقاط لأنّ التصرف إنّما يعدّ إسقاطا فعليا إذا كان كاشفا نوعا عن الرضا كما هو الحال فى التصرف بعدها، و هذا إنّما يتصوّر إذا كان المتصرف عالما بالحال و المفروض خلافه، و بعبارة أخرى:

إذا عدّ فى العرف التزاما و من المعلوم عدمه. و أما ما ذكره الشيخ من أنّ إسقاطه مبنى على جواز الإسقاط قولاً قبل الرؤية بناء على أنّ التصرف إسقاط فعلى، غير تام، للفرق الواضح بين البناء و المبنى، فإنّ التصرف القولى ذو لسان يؤخذ بمضمونه و هذا بخلاف

تصرف الجاهل بالتخلف، إذ لا لسان له بل من المظنون أو المقطوع أنه يتصرف فيه على اعتقاد كونه واجدا للوصف. فما لم يدل دليل شرعى خاص على السقوط فالأقوى عدمه.

٥- إسقاطه باللفظ قبل الرؤية

، و ليس هناك مانع من صحة الاسقاط إلا

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٤ من أبواب خيار الحيوان، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١١

كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب، و قد مضى كرارا أنه يكفى فى صحته مضافا إلى كونه أمرا عقليا، وجود المقتضى. من غير فرق بين جعل الرؤية كاشفا عن وجود الخيار فى زمان العقد، أو سببا محدثا، و إن كان الاسقاط على الكشف أوضح. مضافا إلى أن الظاهر من رواية «جميل» أن الرؤية أخذت طريقا إلى كشف حال المبيع عند العقد، و إن المعقود عليه كان فاقدا لما توطئا عليه حين العقد، و لازم ذلك ثبوت الخيار حين العقد.

٦- إسقاطه فى متن العقد:

اختلفت كلمتهم فى صحة إسقاطه فى العقد إلى أقوال، فمن قائل إلى فساد الشرط و افساده و هو خيرة العلماء و الشيخ الأعظم، إلى قائل آخر بصحة الشرط و المشروط، إلى ثالث مفضل بين فساد الشرط و صحة العقد، و إن الأول فاسد دون الثانى. و الحق هو القول الأول و بتوضيح دليله يظهر عدم تمامية سائر الأقوال فنقول: إن ابتياع الشيء الغائب جاهلا بأوصافه المطلوبة غرر لا بد من رفعه، و الذى يمكن أن يكون رافعا أحد الأمور التالية:

١- جعل الخيار: و هو ضعيف جدا إذ هو حكم شرعى مترتب على صحة العقد، فلا بد من تحقق الصحة قبله حتى يترتب عليه الخيار، فكيف يمكن أن تكون صحة العقد معلقة على جعله، أضف إلى ذلك أنه لو كان جعل الخيار رافعا للغرر، لزم تصحيح بيع كل مجهول مشروطا بالخيار.

٢- التوصيف: لأن البيع الغررى عبارة عن بيع شيء على أى نحو، دون البيع موصوفا بصفات معينة.

يلاحظ عليه: أنه كيف يمكن أن يكون التوصيف رافعا للغرر من دون تضمين، فإن التوصيف إخبار عن وجود وصف، و أمّا أنه هل هو صادق فى إخباره

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٢

أو كاذب فلا يعلم من التوصيف، و من المحتمل أن يكون المبيع فاقدا له، و معه كيف يكون البيع غير غررى فالإقدام على ابتياع شيء هذا حاله و شأنه، خطر كله.

٣- العلم بصدق البائع و الوثوق بقوله: هذا و إن كان رافعا للغرر لكن لازم ذلك اشتراط صحة البيع بحصول العلم و الاطمئنان مع أنه غير ظاهر منهم، بل العقلاء يعاملون فى إطار أوسع من ذلك فتعين أن يكون الراجع هو الأمر الرابع، و هو:

٤- التزام البائع و تعهده الشرعى و القانونى بتسليم المبيع بالصفات التى توطئا عليها، على نحو يكون تعهده القانونى مبررا لإقدام المشتري على اشتراء المبيع غير المرئى بحيث لو نقض التزامه و لم يف بعهده، يكون مأخوذا بالقانون و محكوما لدى الحاكم. و بذلك يظهر أن التعهد بما هو لا يمكن أن يكون رافعا للغرر إلا إذا كان له أثر شرعى، و رد فعل قانونى و هو فى بدء الأمر أحد الأمرين:

١- جواز إزماء بأداء العين موصوفة بالوصف.

٢- جواز فسح العقد.

و الأول غير ممكن، لكون المبيع أمرا شخصيًا لا كليًا قابلاً للتعويض، و المفروض أنه فاقد للوصف من بدء الأمر و الثاني ساقط حسب الفرض، فيصبح التعهد و الالتزام بلا أثر، و معه كيف يمكن أن يكون رافعاً للغرر، لأن المفروض أن وجوده و عدمه سواء. و بذلك ظهر عدم تمامية القول الثاني، و أما الثالث فقد زعم أن

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣١٣

فساد الشرط لأجل كونه من قبيل اسقاط ما لم يجب، و قد تعزفت أنه يكفي في الاسقاط وجود المقتضى و هو العقد على عين غائبة موصوفة يحتمل أن تكون فاقدة للوصف.

فإن قلت: لو كان اسقاط الخيار مخالفاً للالتزام و التعهد فليكن كذلك إذا باع العين الغائبة أو الحاضرة و تبرأ من العيوب إذ عندئذ يصبح الالتزام بالصحة، فاذا لأثر شرعي مع التبري، مع أنهم صرحوا في باب خيار العيب بصحة تبري البائع و سقوط الخيار لأجله.

قلت: إن خيار العيب ليس أثراً للالتزام البائع بالصحة. بل هو أثر أصالة السلامة الحاكمة في عالم الخلق و الصنع فإن الأصل هو الصحة في عالم الخلق و الصنع، و العيب على خلاف الأصل، فإذا بان الخلاف يثبت الخيار لأجل سيادة هذا الأصل، سواء أ كان هناك التزام من البائع بتسليم الصحة أم لا، فلو تبرأ البائع يكون معناه أنه غير متعهد بتسليم الصحيح لا أن هذا الأصل غير جار في المبيع. و هذا بخلاف المقام، فإن الخيار أثر للالتزام و اسقاطه يضاد الالتزام الذي يدل عليه إنشاء البائع و يجعله بلا أثر.

و بالاحاطة بما ذكرنا تستطيع على ذب الاشكالات التي أثارها السيد الطباطبائي و المحقق الخراساني - قدس سرهما - حول نظرية الشيخ الأعظم التي اخترناها.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣١٤

في سقوط الخيار بالبذل و الابدال:

هل يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت، و ابدال العين، و بشرطهما في متن العقد أو لا؟ فهنا فروع:

١- هل يسقط ببذل التفاوت أو لا؟ الظاهر لا، لاطلاق صحيحة جميل، مضافاً إلى عدم اندفاع الضرر به، إذ ربما يتعلق الغرض بالشئ الموصوف لا بمالتيه. حتى يكون الجبر بالتفاوت رافعاً للضرر، و المقصود سقوطه بمجرد البذل، و أما سقوطه مع التراضي فلا اشكال فيه.

٢- لو شرط في العقد بذل التفاوت لو بان الخلاف، فهل هو فاسد و مفسد كما عليه صاحب الجواهر «١» أو لا؟ وجه الأول أنه بمنزلة اشتراط اسقاط الخيار لو بان الخلاف لاشتراكهما في كونهما منافيين للتعهد بالوصف فيعود الغرر فيفسد.

يلاحظ عليه: بوجود الفارق بين المقيس و المقيس عليه، حيث إن اشتراط السقوط يستلزم أن يكون الالتزام و التعهد فاقد للأثر، لأن أثره إمّا جواز إزماء بأداء العين موصوفة أو جواز الفسخ، و الأول غير ممكن و الثاني ساقط، بخلاف المقام فإن أثره هو جبران مالتيه الوصف الفاقد، و على هذا فاشتراط بذل التفاوت تأكيد لحفظ المالتيه و عدم توجه الغرر، فلو كان للمشتري غرضان طوليان، فلا يتوجه الضرر، و بذلك تظهر قوة الوجه الثاني.

و أمّا كون الشرط مجهولاً- أو كون العقد معلّماً، فلا يضر الجهل لاغتفار الجهالة في الشرط و إلّا تبطل أكثر الشروط للجهل بقيام الشروط عليه به أولاً، و أمّا

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٥

التعليق فلا- دليل على البطلان به إلما فى مورد فيه نص، و ادعاء الاجماع على بطلان التعليق، اجماع مستند إلى القاعدة، حيث قاسوا الانشاء الاعتبارى بالايجاد التكوينى فبما أن التعليق فى الثانى محال فيكون الأول مثله- و هو كما ترى- مضافا إلى أن التعليق راجع إلى المنشأ دون الانشاء كما بين فى محله.

٣- لا يسقط الخيار بالاببدال لأن العقد إنما وقع على الشخصى فتملك غيره يحتاج إلى عقد و اتفاق جديد- هذا- و لكن يمكن أن يقال: إن العقد فى أكثر المعاملات الواقعة على عين شخصيه فى المثليات هو واقع على الكلى، حقيقه و الاشارة إلى العين الخارجيه من باب أنها احدى المصاديق للكلى، و- لذا- لا يعدّ الابدال وفاء بغيره، نعم ما ذكر صحيح فى القيميات التى يتعلّق العقد بها بشخصها و لا يتأتى فيها القول بوقوع العقد على الكلى، إلما فى موارد نادرة.

٤- إذا شرط الابدال فى متن العقد، فعن الشهيد فى الدروس يفسد للجهالة و الغرر، و هو خير الجواهر «١».

أقول: إن الاشكالات المتوهمه فى المقام أمور:

١- الجهالة فى الشرط و أن المبيع هل واجد له أو لا.

٢- التعليق فى العقد، و هو الابدال إذا بان الخلاف.

أما الأول فقد عرفت أنه غير مضر، قال السيد الطباطبائي: و لا يضر جهالة حصول المعلق عليه و هو التخلف لاغتفار هذه الجهالات فى الشروط. و قد عرفت أنه لو كان مضرا لبطلت أغلب الشروط، و أما الثانى، فقد عرفت من أنه لا دليل على بطلان العقد به، إلما فيما ورد فيه نص، و ان الاجماع المدعى فى المقام، اجماع

(١)- الجواهر: ٢٣/ ٩٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٦

مستند إلى القاعدة كما عرفت.

ثم إن الشيخ ركز على لفظ الابدال- و غصّ النظر عما هو المتعارف بين الناس فى أمثال المقام كما سيوافيك، و حاصل ما ذكره: أن البديل المستحقّ عليه بمقتضى الشرط يتصور على وجهين:

الأول: أن يقع البديل بإزاء الثمن، بمعنى وقوع معاوضه جديدة على تقدير ظهور المخالفه بأن يفسخ البيع بنفسه عند المخالفه و ينعقد بيع آخر فيحصل بالشرط انفساخ عقد، و انعقاد عقد آخر، كلّ منهما معلق على المخالفه، و من المعلوم عدم نهوض الشرط لاثبات ذلك.

وجهه: أن الانفساخ و العقد على البديل مما يحتاجان إلى سبب خاص كالنكاح و الطلاق فلا يصحّ فيه شرط النتيجة و إنما يصحّ فيما يكفى فى ايجاده كل لفظ حتى الشرط.

هذا توضيح كلامه فى الشق الأول.

يلاحظ عليه: أن تصوير وقوع البديل بإزاء الثمن لا- ينحصر فى هذا الوجه، بمعنى اشتراط تحقق الانفساخ و البيع الثانى بالشرط، بل هناك تصوير آخر، و حاصله أن يتوارد العقد من أول الأمر على المبدل و البديل على تقديرين فيقول:

بعتك هذا الفرد، إن كان واجدا للأوصاف، و بدله (سواء كان كليا أو شخصيا) الواجد للأوصاف إذا كان الأول فاقدا لها فلا يرد عليه ما أورد على التصوير الأول من استلزامه «تحقق الانفساخ و العقد على الثانى بالشرط و هما ممّا يحتاجان إلى لفظ خاص».

و لا- وجه لبطلانه إلما أمران: أحدهما: كونه تعليقا و قد عرفت عدم الدليل على البطلان، و ثانيهما: كونه غرريا للجهل و هو أيضا منظور فيه لأن الجهل إلما فى

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٧

ناحية الشرط و هو التخلّف فقد عرفت اغتفار الجهل فى ناحية الشروط، أو الجهل فى ناحية المبيع لعدم تعينه، و هو أيضا غير تام، لعدم صدق الغرر بعد الاحتفاظ بماليه المثلث، و تحقّق الغرض بكل واحد من البدل و المبدل، و لزوم تعيين المبيع بهذا المعنى لا دليل عليه سوى أوسعيه الغرر الشرعى عن العرفى و هو غير ثابت، نعم لو دلّ عليه دليل لاقتصرنا عليه.

هذا كله حول الشق الأول و إليك الكلام حول الشق الثانى.

الثانى: «أن يقع البدل بإزاء المبيع الذى ظهر على خلاف الوصف، فمرجهه أيضا إلى انعقاد معاوضه تعليقيه غريبه بينهما لأنّ المفروض جهالة المبدل» و قد عرفت حال التعليق و الغرر فى الشق السابق فلا نعيد.

و الحق أن يقال: إن مرجع شرط الإبدال، ليس إلى شىء منها، بل هو شرط فعل بأن يشترط على البائع إبداله بفرد آخر، و هو أمر عقلاى رائج، فلو بان التخلّف فإن و فى بالشرط و إلّا يكون له إجباره على الوفاء و مع القدرة يكون له خيار تخلّف الشرط.

اختلاف المتعاقدين فى الصفه:

لو اختلف البائع و المشتري فى شرطيه الوصف المفقود و عدمها فقال المشتري: اشتريت هذا العبد على أنه كاتب، و قال البائع: بعت هذا العبد مطلقا، فهل يقدم قول البائع أو قول المشتري؟

الظاهر هو الأول - لما عرفت - من أن الميزان فى تشخيص المنكر عن المدعى هو العرف و هو يعتمد على الأصل المعروف: المدعى من لو ترك، تركت الدعوى، و المنكر بخلافه، و من المعلوم أن المشتري لو ترك، تنتهى الدعوى، بخلاف البائع،

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٨

من غير فرق بين القول بأن الاعتبار فى تشخيصها، بمحط الدعوى و ليس للقاضى ارجاعها إلى أمر آخر، إذا كان لدعواهما أثر، أو الاعتبار بما ينتهى إليه دعواهما إذ النتيجة على القولين فى المقام واحده لأنّ مصب الدعوى هو ادعاء اشتراط المبيع بالوصف، و ما تنتهى إليه الدعوى هو الخيار، و المشتري يدعى و البائع ينكره.

و مثله ما إذا قلنا بأن الميزان مخالفه الأصل و موافقه، فالمشتري يدعى الاشتراط و البائع ينكره و الأصل عدم الاشتراط، و بعبارة أخرى: المشتري يدعى كلفه زائده، وراء ذات المبيع، و البائع ينكرها و الأصل عدمها.

نعم فصل سيدنا الأستاذ - قدس سره - بين ما إذا قال المشتري: إن البائع قال: بعتك هذا العبد الكاتب و أنا قلت: قبلت بيع هذا العبد الكاتب، فيقدم قول البائع، لتوافقهما فى بيع العبد فى زمان و يختلفان فى توصيفه فبيع العبد ايجابا و قبولا ثابت فى زمان متقدم، كما أن عدم توصيفه متيقن فى زمان و يشك فى توصيفه، فيصح أن يقال: إن توصيف المبيع فى هذا البيع الخارجى مسبق بالعدم، و الأصل عدم توصيفه.

و بين ما إذا قال المشتري: إن البائع قال: بعتك الكاتب، مريدا به الموجود الخارجى الموصوف، و قال البائع: بل قلت: «بعتك هذا العبد»، فلا - يجرى الأصل لعدم توافقهما على بيع العبد فى زمان، حتى يختلفا فى توصيفه، و الكاتب و إن انحلّ إلى ذات و وصف لكن لا يكون هذا الانحلال موجبا لتعلق البيع بالذات فى زمان متقدم قبل تعلقه بالموصوف حتى يجرى الأصل «١».

يلاحظ عليه: أن الميزان - فى اتفاقهما على شىء و اختلافهما فى شىء آخر - هو المفاهيم و المعانى المتبادره من الكلام، لا التعابير اللفظيه و التراكيب الصوريه

(١) - البيع: قسم الخيارات: ٤ / ٤٤٧ - ٤٤٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣١٩

لأنها طرق إلى المفاهيم. فلو كان قوله: «بعتك هذا العبد الكاتب» اعترافاً من الطرفين على ورود البيع على العبد مجرداً عن الكتابة في زمان، كان قوله: «بعتك الكاتب» الذى ينسبه المشتري إلى البائع مثله، حيث إن مفهوم الأول نفس مفهوم الثانى، فكما أن اللفظين الأولين مرآتين إلى مفهومين مترتبين، كذلك الكاتب مرآة إلى مفهومين و الفرق بينهما بالتفصيل و الاجمال، فتكون النتيجة على اتفاقهما على بيع العبد، فى زمان و يشك فى توصيفه بالكتابة، فيستصحب عدمه.

ثم إن الشيخ الأعظم وجه كون المشتري هو المنكر بوجهين:

١- ما نقل عن التذكرة: ان البائع يدعى لزوم العقد و بالتالى يدعى استحقاق الثمن و الأصل براءة ذمة المشتري من الثمن فلا يلزمه ما لم يقرب به أو يثبت بالبينة.

يلاحظ عليه: أن المشتري يعترف بصحة البيع غاية الأمر يدعى الخيار، و الاعتراف بصحته عبارة أخرى عن الاعتراف باشتغال ذمته بالثمن، فهو أمر متسالم عليه بين المتعاقدين، نعم يدعى أن له الفسخ لرفع موضوع و جوب دفع الثمن و هو بعد غير ثابت.

٢- ما ذكره الشيخ الأعظم فى المقام «١»، و فى المتاجر عند البحث عن بيع العين بالرؤية السابقة «٢» و إليك حاصل ما ذكره فى المقامين:

أن الحجية القوية لتوصيف البائع منكر و المشتري مدعى إنما هو مطابقة قول البائع لأصالة عدم الاشتراط و لكنه إنما يجرى إذا كان الشك فى التزام مستقل فى

(١)- الخيارات: ٢٥٢ ط تبريز.

(٢)- المتاجر، قسم البيع: ١٩٩ ط تبريز.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٢٠

ضمن الالتزام بالبيع، فيكون هنا التزام مرتبطان كما إذا قال: بعتك الدار و أشرت عليك خياطة ثوب لى، و أما المقام فليس الشرط التزاماً زائداً على أصل البيع بل قيد للمبيع و جزء منه، و هناك التزام واحد وارد إما على الموصوف، أو الموجود، فيخرج عن كون المبيع مردداً بين الأقل و الأكثر بل أشبه بالمردد بين المتباينين، و بعبارة أخرى: ان هنا إنشاء واحداً ورد إما على هذا- أو ذاك، و معه لا تجرى أصالة عدم الاشتراط لما عرفت أن ليس هنا التزام زائد، و حكمه هنا حكم الأجزاء.

إذا كان الأصل المزبور غير جار، فهنا أصلاً:

ألف: أصالة عدم ورود العقد على الموصوف بالوصف المفقود و هو غير نافع للبائع، لأن لزوم ليس من آثار هذا عدم، بل هو من آثار ورود العقد على الموجود الفاقد، و اثبات هذا بنفى ذاك أشبه باثبات أحد الضدين بنفى الآخر.

ب: الأصل عدم ورود العقد على الموجود الفاقد، و بما أن وروده على الموجود الفاقد موضوع للزوم، فيكون منفياً بنفى موضوعه، و يكون الأصل المنقح للموضوع حاكماً على أصالة اللزوم.

و هذا ما يرومه الشيخ فى المقامين و إليك عبارته هناك: أنه ليس إنشاء مستقلاً حتى يدفع عند الشك بالأصل. بل المراد إيقاع العقد على العين الملحوظ كونها متصفة بهذا الوصف، و ليس هنا عقد على العين، و التزام بكونها متصفة بذلك الوصف فهو قيد ملحوظ فى المعقود عليه، نظير الأجزاء، لا شرط ملتزم فى العقد فحينئذ يرجع النزاع إلى وقوع العقد «على ما ينطبق على الشيء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه، و الأصل عدمه، و دعوى معارضته بأصالة عدم وقوع العقد» على

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٢١

العين المقتيدة بالوصف المفقود، ليثبت الجواز «١» مدفوعة بأن عدم وقوع العقد على العين المقتيدة لا يثبت جواز العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد على العين غير المقتيدة بأصالة عدم وقوع العقد على المقتيدة و هو غير جائز كما حقق فى الأصول.

يلاحظ عليه: أولاً: أن المرجع في تمييز القيد عن الوصف هو العرف فلو كان الوصف مقوماً للمبيع يتلقاه قيدها، كالتقطن بالنسبة إلى الحديد، وإلّا فيتلقاه شرطاً كالعريئة في الفرس سواء كان التعبير في الموردين بلفظ الوصف أو بلفظ الشرط، و بما أن الأوصاف المتخلّفة في المقام من قبيل الثاني، يتلقاه العرف شرطاً لا قيدها اللهم إلا إذا أحرزت عناية المتعاقدين على جعل ما يتلقاه العرف شرطاً لا قيدها للمبيع، و هو خارج عن محل البحث.

و الذي يعرب عن ذلك أن الشيخ أجاب بمثل ذلك عن اشكال المحقق الأردبيلي حيث أشكل على صحّة البيع بأنّ المعقود عليه مغاير للموجود، و هو غير معقود عليه، فقال: و يضعف بأنّ محل الكلام في تخلّف الأوصاف التي لا- توجب مغايرة الموصوف للموجود عرفاً ...

و ثانياً: افترضنا أنّه من باب التقييد، و لكن إذا شككنا في أخذه في المبيع فالأصل عدمه، كما إذا شككنا أنّ الواجب هو الرقبة أو هي بقيد الايمان، فالأصل عدمه من غير فرق بين التكاليف الشرعية و الأمور الوضعية فإذا علمنا ورود العقد على هذا الشيء الخارجي، و شككنا في وروده عليه مطلقاً أو مقيداً، فالأصل عدم وروده على المقيد، و بالجملة: الشك في كلفه زائده على البائع و الأصل عدمها.

(١)- المتاجر: ١٩٩ طبعه تبريز، المراد من الجواز في العبارة، هو المضى المرادف مع اللزوم، و إلّا فاللازم، التعبير عنه باللزوم كما يخفى، و قد نقل المامقاني في تعليقه غاية الآمال / ٤٧١ على المقام أنّ العبارة من قوله: «على ما ينطبق على الشيء الموجود» إلى قوله: «وقوع العقد» مضروبة عليها في نسخة الشيخ.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٢٢

و ثالثاً: قد عرفت أنّ مقتضى الأدلّة الاجتهادية عند القوم هو كون الأصل في البيع اللزوم، كما أنّه مقتضى طبع العقد، و إن لم يكن هناك دليل عليه، فعلى ذلك فمدعى اللزوم لا يحتاج إلى دليل لوجود الدليل الاجتهادي معه، و إنّما المحتاج إليه هو مدعى الخيار، و لكن الشيخ جعل الأمر على العكس بحجّة أنّ الأصل عدم ورود العقد على الموجود بهذا الوصف (الفاقد)، فعلى ذلك يجب عليه أن يقدم قول مدعى الاشتراط في كل مورد بتلك الحجّة، و أنّه لا بد في إحراز كون الموجود تمام ما وقع عليه العقد و هو كما ترى. بقيت في كلامه اشكالات أخرى تعرّض لها المشايخ في تعاليفهم، فلاحظ.

خيار الرؤية لا يختص بالبيع:

هل يختص خيار الرؤية بالبيع أو يعم كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة كالصلح و الاجارة، فلو قلنا بأنّه على خلاف القاعدة ثبت تعديداً بصحيحه جميل، يختص بالبيع، و أمّا لو قلنا بكونه على وفاقها، و أنّه لأجل التعهّد الضمني فهو يعم البيع و غيره إذا كان العقد مبنياً عليه. و مثله لو قلنا بأنّ مدركه حديث نفى الضرر كما لا يخفى.

مسألة: لو نسج بعض الثوب فهل له يبعه على أن ينسج الباقي كالأول؟

أقول للمسألة صور:

١- أن يتوارد العقد على ثوب شخصي، مع تحقّق بعضه دون البعض الآخر، و لا شك أنّه باطل لأنّ مقتضى كون المبيع شخصياً، كونه موجوداً في الخارج بتمامه و المفروض خلافه.

٢- أن يتوارد العقد على المقدار المنسوج بشرط أن ينسج الباقي بهذا المنوال

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٢٣

من الغزل المعين أو الكلي و لا اشكال في صحّته، غاية الأمر لو تخلّف و لم ينسجه أصلاً، أو نسجه لا على هذا المنوال يكون له خيار تخلّف الشرط.

٣- أن يكون المبيع المقدار المنسوج مع أذرع معلومة منسوجة على هذا المنوال، بحيث يكون من قبيل ضم الكلّي إلى الشخص، فلو تخلف فله الخيار في المنسوج لتبعض الصفقة.

وقد نقل البطلان عن الشيخ في المبسوط، وابن سعيد في الجامع، والقاضي في المهذب، وإليك عبارة الأخير: فإن ما شاهده من المنسوج، البيع فيه لازم من غير خيار الرؤية، وما لم يشاهده مما يتم يقف الأمر فيه على خيار الرؤية، وهذا فاسد لأنه شيء واحد يجتمع فيه خيار الرؤية و انتفاؤه «١».

يلاحظ عليه: أن هنا مبيعا واحدا لا يمكن الحكم عليه باللزوم أو الخيار من جهة خيار الرؤية إلا بعد تمام العمل فلو كان هناك تخلف، يكون فيه خيار الرؤية ولو باعتبار وجود التخلف في بعض أجزائه. كما هو الحال في الضيعة في صحيحة جميل. فيكون التخلف في جزء المبيع واسطة في الثبوت على عروض الخيار للمبيع كله.

(١)- المهذب: ١/ ٣٥٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٢٥

الفصل الثامن خيار العيب

إشارة

دليله.

التخيير بين الردّ و أخذ الأرش.

في مسقطات خيار العيب الخمسة:

أ- إنشاء السقوط قولا و فعلا.

ب- اشتراط الاسقاط في متن العقد.

ج- التصرف في المعيب.

د- تلف العين.

ه- حدوث العيب عند المشتري.

في سقوط الأرش دون الردّ.

المواضع التي يسقط فيها الردّ و الأرش.

في الأحكام الأربعة لاختلاف المتبايعين:

أ- الاختلاف في موجب الخيار.

ب- الاختلاف في موجب الخيار.

ج- الاختلاف في المسقط.

د- الاختلاف في الفسخ.

الكلام في تفسير العيب.

هل يعتبر في صدق العيب النقص المالي؟

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٢٧

خيار العيب

[تعريف خيار العيب]

وهو آخر الخيارات التى طرحها الشيخ فى المقام وهو أمر اتفق عليه العقلاء و لم ينقل عن أحد من الفقهاء خلافه. فجواز الفسخ موضع وفاق و إن كان أخذ الارش موضعاً للخلاف بيننا و بين الشافعى، قال الشيخ: إذا حدث بالمبيع عيب فى يد البائع، كان للمشتري الردّ و الامساک، و ليس له اجازة البيع مع الارش، و لا يجبر البائع على بذل الارش بلا خلاف فإن تراضيا على الارش كان جائزاً و به قال ابن سريج! و ظاهر مذهب الشافعى أنه لا يجوز (أخذ الارش) «١».

و قال ابن قدامة: إنه متى علم بالمبيع عيباً، لم يكن عالماً به، فله الخيار بين الامساک و الفسخ، سواء كان البائع علم العيب و كتبه أو لم يعلم. لا نعلم بين أهل العلم فى هذا خلافاً و اثبات النبى صلى الله عليه و آله و سلم الخيار بالتصريح تنبيه على ثبوته بالعيب و لأنّ مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب «٢».

و قال المحقق: فإن ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار بين فسخ العقد و أخذ الارش. و سيوافيك الكلام فى حكم الارش، و على كل تقدير:

(١)- الخلاف ٣ / ١٠٩، كتاب البيوع المسألة ١٧٨.

(٢)- المغنى: ٤ / ١٧٩.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٢٨

اتفق الفقهاء على: «أن كل من اشترى مطلقاً اقتضى سلامة المبيع من العيب» إنمّا الكلام فى منشأ هذا الاقتضاء. و فيه أقوال:

١- انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح. و أورد عليه الشيخ، أولاً: بمنع الانصراف و لذا لا يجرى فى الأيمان و النذور «١». و ثانياً: عدم جريانه فيما نحن فيه لعدم كون المبيع مطلقاً بل هو جزئى حقيقى خارجى. و ثالثاً: بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأساً على المعيب فلا معنى لامضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت الخيار.

و فى بعض ما ذكره نظر، فإنّ الانصراف إلى الصحيح، و العقد عليه لا يمنع من امضاء العقد، إذا ظهر معيباً، لأنه ليس بأقوى من بيع الموصوف إذا تخلف وصفه، و قد عرفت صحته، و أنه من باب تعدد المطلوب.

نعم يرد على الانصراف بأنّ منشأه هو كثرة الاستعمال، لا- كثرة الوجود، و الأول غير ثابت اللهم إلا أن تكون فى المعاوزات قرينة حالية على الانصراف.

٢- إن وصف الصحة قد أخذ شرطاً فى العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة فيها، و إنما استغنى عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشتري فى وجودها على الأصل كالعين المرئية سابقاً، حيث يعتمد فى وجود أصلها أو صفاتها على الأصل.

يلاحظ عليه: وجود الفرق بين صفات الكمال و صفات الصحة، فيما أن الأولى ليست مقتضى الخلقة الذى يشير إليه قوله سبحانه: الَّذِي خَلَقَ فَسْوَى (الأعلى / ٢) تقع مورداً لعناية المتعاقدين و لا يغافل عنها الانسان فيذكرها قبل العقد، فيكون السكوت حين العقد مع الاشتراط قبله، دليلاً على التعهد

(١)- و فى الجواهر، أضاف الوصايا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٢٩

الضمنى، و هذا بخلاف صفات الصّحة و لأجل كونها من لوازم الخلقة غالباً، تكون مغفولاً عنها حين العقد، و- معه- كيف يصحّ لنا القول بأنّ وصف الصّحة أخذ شرطاً فى العين.

٣- إنّ أصالة الصّحة فى الأشياء الطبيعىة و الصناعىة أصل مسلم بين العقلاء، التى أخبر عنها الوحى، و اتفق عليها العقلاء من طريق التجربة فصارت أصلاً معتمداً بين العقلاء فى معاملاتهم و عقودهم، و مرتكزة للأذهان فى مبادلاتهم و معاوضاتهم، و إن لم يكن كذلك فى غير ذلك المجال كالوصايا و الأيمان و النذور، فلو تخلف، لا- يلزم المتخلف عليه بالوفاء بعهدته (كدفع الثمن)، لأنّ الموجود، غير المعهود عليه إلّا إذا سمح و رضى بالفاقد و اكتفى من المطلوب بالدرجة الوسطى، لا القصوى.

و أمّا دفع الغرر بمعنى الخطر، فالرافع له، إمّا هو الاطمئنان بالوصف كالاطمئنان بالموصوف، أو الاعتماد على الظروف السائدة و السلطة القضائية الحامية للحقوق.

و بذلك يظهر الفرق بين خيار شرط الصّحة، و خيار العيب فالأول مستند إلى ذكرها فى متن العقد، بخلاف الثانى، فهو مستند إلى أصل عقلاى معتبر فى المعاوضات.

كما يظهر أنّ ذكر شرط الصّحة فى متن العقد يحدث خياراً مستقلاً لو بان الخلاف لما عرفت من تغاير الملاكين، نعم ربّما استدلّ على خلافه و أنّه لا يفيد سوى التأكيد، برواية يونس: «فى رجل اشترى جارية على أنّها عذراء، فلم يجدها عذراء، قال: يرد عليه فضل القيامة» (١) ووجه الدلالة أنّ المتبادر من الحديث، هو

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٦، من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٠

ايجاد الحدث فى الجارية بنحو من الانحاء، و من جانب أنّ خيار الشرط لا يسقط بالتصرّف بخلاف خيار العيب فإنّه يسقط به- كما سيوافيك- فلو كان الاشتراط موجبا لحدوث خيار آخر، غير خيار العيب، لما اقتصر الإمام بذكر الارش، و ذكر خيار الردّ.

و ربما يقال: إنّ الاستدلال مبنى على أمرين:

١- دلالة قوله: «على أنّها عذراء» على الاشتراط.

٢- دلالة قوله: «فلم يجدها عذراء» على التصرّف.

و كلاهما غير ثابت و لعلّ المقصود من الأوّل، كونه بانياً على أنّها عذراء، لكونها موافقة للأصل، كما أنّ المراد من الثانى الاختبار بالنساء أو بغيرهن.

يلاحظ عليه، أولاً: أنّهما خلاف الظاهر، و ثانياً: أنّ ما ذكر غير دافع للاشكال عن الحديث، إذ لسائل أن يسأل لما إذا اكتفى الإمام بأحد الشقيين من الخيار و لم يذكر حقّ الردّ، لأنّ المفروض عند المجيب عدم حدوث حدث يسقط خيار الردّ فى المعيب.

و الأولى أن يقال: إنّ الرواية ليست بحجة لأنّ يونس لم يسندها إلى المعصوم و لعلّها كانت رأيه.

التخير بين الرد و أخذ الارش:

إذا ظهر العيب السابق على العقد أو القبض، فالمشهور بين الأصحاب كون المشتري بالخيار بين فسخ العقد، و أخذ الارش، و وصفه فى الجواهر بكونه إجماعياً محصلاً و محكياً مستفيضاً، صريحاً و ظاهراً. و تحقيق المطلب يحتاج إلى البحث عن أمور:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣١

الأول: ما هو الرائج بين العقلاء عند ظهور المبيع معيباً؟!

الرائج بينهم هو كون المشتري مستحقاً للردّ و أخذ الثمن، و أمّا كونه مخيراً بينه و بين الامساك مع الارش، و أنّه يجب على البائع

قبول أى فرد اختار، فليس بظاهر منهم، نعم لو امتنع و لم يمكن رده بوجه من الوجوه، كان له عليه الارش، فليس أخذ الارش فى عرض جواز الرد، نعم لو تراضيا على الارش، فلا مانع فيه إنما الكلام فى أن للمشتري إجباره بالارش و إن لم يكن راضيا به أو لا. الثانى: ان المشهور بين الأصحاب، هو التخيير و أما كونه أمرا إجماعيا فلا، أما الشيخ فقد خالف الحكم فى الخلاف «١» و المبسوط فقال فى الثانى: «فيما إذا باع المشتري، المعيب قبل علمه بالعيب»: و أمّا لو باعه قبل العلم بالعيب ثم علمه فإنه لا يمكنه الرد لزوال ملكه و لا- يجب أيضا له الارش، لأنه لم يأس من رده (المشتري الثانى) على البائع (المشتري الأول) فإن رده على المشتري الأول و استرجع الثمن فإن المشتري الأول يردّه على البائع أيضا «٢».

و العبارة ظاهرة فى أن الارش فى موضع اليأس من امكان الرد لا مطلقا.

و يظهر الخلاف من ابن البراج فيما إذا اشترى دنانير بدراهم معينة: فإذا كان العيب من جنسه مثل أن يكون فضة خشنه أو ذهبنا أو تكون السكة فيه مضطربة مخالفة لسكة السلطان فذلك عيب و هو مخير بين الرد و استرجاع الثمن، و بين الرضا به و ليس له المطالبة ببدل لأن العقد تناول عينه و وقع عليها و لا يجوز له إبداله «٣».

(١)- مرّ نصّ الخلاف فى صدر المسألة.

(٢)- المبسوط: ١٣١ / ٢.

(٣)- المهذب ١ / ٣٦٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٢

ترى أنه ذكر حكم الابدال، و لم يذكر الارش، و بما أن العوضين غير متجانسين لا يصح أن يقال: إن عدم ذكره لأجل استلزام أخذ الارش الربا، فإنه إنما يلزم لو كان العوضان متجانسين لا مختلفين كما هو المفروض فى كلامه.

نعم يظهر الخيار بين الأمرين عن كثير من الأعلام نذكر المتقدمين منهم:

١- قال المفيد: فإن كان المبيع جملة و ظهر العيب فى بعضه، كان للمبتاع أرش العيب فى البعض الذى وجد فيه، و إن شاء ردّ جميع المتاع و استرجع الثمن و ليس له ردّ المعيب دون سواه «١».

٢- قال الشيخ: من اشترى شيئا على شرط الصحة و السلامة ثم ظهر له فيه عيب، له أن يرد المتاع و يسترجع الثمن إن شاء أو يطالب بالأرش بين قيمة المتاع صحيحا و بينه معيبا و ليس للبائع عليه خيار «٢».

٣- و قال سلار: فإذا باع على الصحة و ظهر عيب، فالمشتري بالخيار إن شاء رده بالعيب و إن شاء أخذ ارشه، و لم يردّه و لا خيار للبائع «٣».

٤- و قال ابن حمزة: و إن ظهر (العيب) بالبعض، لم يكن له ردّ المعيب دون غيره فإن شاء ردّ الجميع و استرد الثمن و إن شاء أخذ الأرش و هو ما بين قيمته صحيحا و معيبا «٤».

٥- و قال ابن إدريس: كان المشتري بين خيرتين: ردّ المتاع و استرجاع الثمن أو الإمساك و المطالبة بالارش «٥».

(١)- المقنعة: ٥٩٧.

(٢)- النهاية: ٣٩٢.

(٣)- المراسم: ١٧٥.

(٤)- الوسيلة: ٢٥٦.

(٥)- السرائر: ٢ / ٢٩٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٣

و على ذلك جرى الأصحاب فى العصور المتأخرة و هو غير خفى على من راجع الشرائع و الروضة و غيرهما.

الثالث: ما هو مقتضى الأدلة الشرعية، قد استدلت على القول المشهور، بحديث الضرر و الضرار، و هو لا يثبت تمام المقصود، لأن الضرر كما يندفع بدفع الأرش، يندفع بالفسخ و أخذ الثمن، و أما كون الخيار بيد المشتري دون البائع فلا يثبت نفى الضرر. و أما الفقه الرضوى فإليك نصه: فإن خرج فى السلعة عيب و علم المشتري، فالخيار إليه:

١- إن شاء ردها. ٢- و إن شاء أخذها. ٣- أو ردّ عليه القيامة مع أرش العيب «١» و ظاهر العبارة أنه مخير بين الأمور الثلاثة، و تحتمل زيادة «الهمزة» و الصحيح هو «الواو» فيكون مختيراً بين الأول و الثالث، و لكنّه غير صالح للاستدلال و إنما يصلح للتأييد. و قد أوضحنا حاله و قلنا: إنه ليس تأليفاً للإمام و إنما هو عبارة عن كتاب «التكليف» للشلمغانى، أو رسالته والد الصدوق إلى ولده.

و أما الروايات الواردة فليست صريحة و لا ظاهرة فيما عليه المشهور، و هى على مضامين:

١- ما يدل على التفصيل، بين بقاء المبيع على ما هو عليه و عدمه، بالارش فى الثانى، و الردّ فى الأول، نحو مرسله جميل: عن أحدهما- عليهما السلام:- فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً؟ فقال: إن كان الشئ قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع

(١)- المستدرک: ج ١٣ الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٤

بنقصان العيب «١».

٢- ما يدل على أنّ التصرف مانع عن الردّ و يأخذ الارش، نحو صحيحة ابن سنان عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى حديث قال على- عليه السلام:- لا تردّ التى ليست بحبلية إذا وطأها صاحبها، و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها «٢».

٣- ما يدل على الردّ عند ظهور العيب، نحو صحيح ميسر عن أبى عبد الله- عليه السلام- قلت له: رجل اشترى زقّ زيت فوجد فيه دردياً، قال: فقال: إن كان يعلم أنّ ذلك يكون فى الزيت لم يردّه، و إن لم يكن يعلم أنّ ذلك يكون فى الزيت رده على صاحبه «٣». و أما ما رواه السكونى «٤» عن على- عليه السلام- فهو يتضمّن جواز تبديل الربّ الموجود فى السمن به، و لا صلة له بما نحن فيه، أضف إليه: أنّ المضمون على خلاف القاعدة، لأنّ المعاملة كانت شخصية فكيف يجب عليه تبديل الربّ بالسمن إلّا بتأويل مرّ ذكره سابقاً.

نعم روى الحسن بن عطية عن عمر بن يزيد قال: كنت أنا و عمر بالمدينة فباع عمر جراباً هروياً كل ثوب بكذا و كذا فأخذه فاقسموه فوجدوا ثوباً فيه عيب، فقال لهم عمر: أعطيتكم ثمنه الذى بعتمكم به، قالوا: لا و لكننا نأخذ قيمة

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١. لاحظ روايات هذا الباب و الحديث ١ من الباب ٦ من هذه الأبواب.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٧ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٤)- المصدر نفسه: الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٥

الثوب، فذكر ذلك عمر لأبى عبد الله فقال: «يلزمه ذلك» «١» و الرواية أجيبه عن فتوى المشهور، بل تدلّ على أنّ البائع رضى أن

يقبل خصوص الثوب المعيب و يدفع الثمن الذى باع به و هو و إن كان موجبا لتبعض الصفقة على البائع لكنه رضى بذلك، و لكن المشتري طلب القيامة السوقية له إن كان صحيحا. فأجاب الإمام بأنه يلزم المشتري، أو يلزم هؤلاء المشتريين ذلك أى أخذ الثمن، لا القيامة، لأن مقتضى الفسخ أخذ الثمن لا القيامة، و تظهر الفائدة فيما إذا كان الثمن أقل من القيامة. و بذلك ظهر أنه ليس فى روايات الباب ما يؤيد فتوى المشهور، و قد اعتمد السيد الأستاذ-قدس سره- على الشهرة الفتوائية لكنها إنما تكون دليلا- لو كشفت عن إعراضهم عن هذه الروايات، و هو غير ثابت، فالقول المشهور لا يخلو عن غموض، و كون الأرش مختصا بما إذا لم يمكن الردّ هو الأحوط لو لم يكن الأقوى. و أول من تبته لذلك المحقق الأردبيلي فى شرح الارشاد ثم صاحب الحدائق «٢» و هو فى محله. و ربما يبذل الجهد لإثبات كون فتوى المشهور موافقة للقاعدة. أما الارش فلا و وصف الصحة الفاتئة بمنزلة الجزء الفاتئ فكما أن فى الجزء الفاتئ يسترجع مقدار ما يقابله فكذا فى الوصف. و أما الردّ فلتبعض الصفقة، لأنه إذا كان الوصف بمنزلة الجزء فتسليمه

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ١. و فى نسخة الفقيه «يلزمهم ذلك». لاحظ فى شرح الرواية روضة المتقين: ٩٣/٧، و مرآة العقول: ٤٠٣/٣.

(٢)- الحدائق: ٦٣/١٩.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٦

بلا وصف، بمنزلة تسليم بعض المبيع. و على ضوء هذا، فله الردّ لذلك، و له الامضاء بمقدار ما يقابل الموصوف و استرداد ما يقابل الثمن.

يلاحظ عليه: أن ما ذكره لا يتجاوز عن كون كلّ، موافقا للقاعدة، و أما أن الخيار بيد المشتري و له إجبار البائع بكل واحد منهما و إن لم يرض بالارش بل و رضى بالردّ فقط، فلا يثبت بما ذكر، فإن له أن يعترض و يقول بأن بيع ذات الموصوف بما قابل من الثمن كان مشروطا بصحة البيع فى الجزء الآخر، و لما بطل- و لو عن تقصير البائع- فلا يصحّ التقسيط بلا رضا البائع، بل أقصى ما يجوز هو الردّ و أخذ الثمن، و أما الشق الآخر فيتوقف على رضا البائع. و أورد عليه الشيخ، بوجهين:

١- منع تنزيل الوصف منزلة الجزء عرفا و شرعا، و لذا لم يبطل البيع فيما قابله من الثمن، بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة، بل لا يستحق المطالبة بعين ما قابله.

٢- منع كون الجزء يقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده الشخصى على وجه الشرطية كما فى بيع الأرض على أنّها جربان معينة فبانت أقل، و ما نحن من هذا القبيل.

أقول: المهم هو الوجه الأول- و سيوافيك تحليله- و أمّا الوجه الثانى فغير تام، لما عرفت غير مرة من أنّ هذه الدقائق العقلية غير مطروحة للعرف فلا يفرق بين الاتيان بالجزء بصورة الجزء، أو الاتيان به بصورة الشرط، إذ الملاك عندهم هو المقاصد و الأغراض دون التعابير و الألفاظ، فالجزء عندهم جزء و إن عبّر عنه بلفظ الشرط.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٣٧

و يدلّ على ما ذكرنا رواية عمر بن حنظلة عن أبى عبد الله: فى رجل باع أرضا على أنّها عشرة أجرية فاشتري المشتري ذلك منه بحدوده و نقد الثمن و وقع صفقة البيع و افترقا، فلتما مسح الأرض إذا هى خمسة أجرية، قال: إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض، و إن شاء ردّ البيع و أخذ ماله كله... «١» ترى أنّ الإمام حكم بردّ ما قابل الناقص، مع وروده شرطا لا جزءا.

و أمّا الأول: فلا- شك أنّ الجزء غير الوصف، و هما غير الشرط، و لكل موقف خاص في المبيع فلا ينقلب الجزء شرطا و إن أتى بلسانه، و لا- الشرط جزءا و إن عتبر عنه بلسان الجزء لكن ذلك لا يمنع عن صحّة تقسيط الثمن على كل من الأجزاء و الأوصاف و الشروط، من غير فرق بين وصف الصحّة و وصف الكمال فلا حاجة في تصحيح التقسيط على تنزيل الوصف منزلة الجزء، بل تكفي فيه كونه مؤثرا في غلاء المبيع و خلافه، حتى مثل الغلاف و زمان التسليم و مكانه و هذا كاف في صحّة التقسيط.

و أمّا عدم بطلان البيع فيما قبله من الثمن بل كان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة، فهو- على فرض تسليمه- من خصائص ما يقسّط عليه الثمن، فلو استقلّ بالوجود كالأجزاء كان المناسب البطلان لأنّ كل جزء من الثمن يقع في مقابل جزء من المبيع بالحس و العيان، و إن كان غير مستقل بالوجود، فيكون هناك عند التخلف حق التقسيط، لا فعليته حتى يبطل البيع فيما يقابله و إنّما يصير فعليا إذا رضى بالوجود، فيستردّ ما قابل الفئات.

و بذلك يظهر الخلل فيما ذكره السيد الطباطبائي- قدس سرّه- من أنّ لازم

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٣٨

التقسيط كون الأرش ثابتا من أوّل الأمر فيكون الامضاء بلا أرش من باب الإبراء و الهبة «١».

وجهه: هو التفريق بين الأجزاء و غيرها ففي الأوّل، التقسيط فعلى، و في الآخر شأنى، و ليس هنا إلّا الاستحقاق فإمضاء البيع بلا أرش، إعراض عن أعمال الحق لا هبة و لا ابراء كما لا يخفى، و ما هذا إلّا خصوصية في نفس ما يقسّط عليه.

ثمّ إنّ على القول بالتخيير بين الردّ و الارش، يشكل التعبير عنهما بكلمة الخيار لأنّه كما سبق عبارة عن حق إزالة العقد و اقراره، و الأرش خارج عنهما.

و يمكن أن يقال: إنّ الارش شرط لأحد الشقّين، أعنى: الإقرار، فهو في سائر الموارد بالمجانّ و في المقام بشرط أخذ الارش، و ما هو المفهوم من الخيار، هو حق الازالة و الاقرار و أمّا كونه بالمجانّ و عدمه فإنّما يفهم من الخارج و بفضل الروايات.

و بذلك يظهر أنّ هنا حقّا واحدا متعلّقا بالعقد، فللمشتري السلطة على العقد، بالازالة و الاقرار بالارش و متعلّق الحق (السلطة) هو العقد، و مفهوم السلطة كوجودها تطلب لنفسها الطرفين، الهدم و عدمه.

و بذلك يظهر النظر فيما أفاده- سيدنا الأستاذ-- قدس سرّه- في المقام، حيث تصوّر أنّ في القول بوحدة الحق إشكالا عقليا، فذهب إلى أنّ هنا حقّين فعليين، لا يصحّ الجمع بينهما في مقام الاستيفاء «٢» فلاحظ كلامه.

(١)- التعليقة: ٦٧.

(٢)- الخيارات: ١٢/٥-١٣.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٣٩

الظهور كاشف لا شرط شرعى:

لا شك أنّ السبب للخيار، هو العيب، إنّما الكلام في أنّ ظهوره هل هو كاشف عقلى عن الخيار من زمان العقد، أو شرط شرعى لتأثير السبب «١»، ذهب الشيخ إلى الوجه الأوّل قائلا بأنّ استحقاق المطالبة بالارش الذى هو أحد طرفى الخيار، لا معنى لثبوته بظهور العيب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحّة.

يلاحظ عليه: أنّه لا شكّ أنّه يستحقّ الارش بانتفاء وصف الصحّة لا بالظهور، لكنّه لا ينافى كون الظهور شرطا، و بعبارة أخرى: كون

السبب- بمعنى المقتضى- نفس العيب، لا ينافى توقّف التأثير الفعلى على الظهور.

و الأولى الاستدلال عليه بنحو ما مرّ فى خيار الغبن من أنّ الظهور أو ما يعادله فى الروايات أخذنا طريقا لا موضوعا و هو المتبادر منه فى سائر الموارد، لأنّ الأخذ موضوعا يحتاج إلى القرينة.

هذا إذا كان المصدر للخيار هو الروايات و أمّا إذا كان قاعدة الضرر أو التعهّد الضمنى فالملاك هو الضرر الواقعى، أو التخلف الواقعى، و هو موجود من أوّل الأمر، و على هذا يرتب عليه آثاره من أوّل الأمر من الانفساخ بالفسخ- معلقا على وجود العيب- و السقوط بالاسقاط قبل الظهور.

و لو شككنا، فمقتضى القاعدة نفى جميع آثار الخيار من الفسخ و السقوط و حتى اشتغال ذمّة البائع بالارش قبل الظهور، كما لا يخفى.

(١)- عنوان البحث بما ذكرنا أولى من عنوان الشيخ حيث قال: ظهور العيب مثبت للخيار (أى سبب له) أو كاشف عنه. و ذلك لأنّه لا يتوهم أحد فى أنّ الظهور سبب، بل الاتفاق على أنّ السبب هو العيب الحاصل، إنّما الكلام فى شرطية الظهور أو كاشفيته، فلاحظ. المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٤٠

عموميّة الخيار للثمن:

إذا قلنا فى معيب المبيع بما هو المعروف لدى العقلاء، من الردّ أوّلا، و الارش عند عدم إمكانه ثانيا، فحكم المثلث و الثمن واحد مضافا إلى قاعدة لا ضرر، و وجود التعهّد الضمنى فيه كالمبيع، و أمّا إذا قلنا بمقالة المشهور من كون الارش، فى عرض الردّ، لأجل الروايات، فتعميم الحكم إلى الثمن يحتاج إلى دليل مع اختصاص الروايات الواردة للمبيع و خلو الفتاوى عنه، اللهمّ إنّما أن يحمل المبيع على مطلق العوض. أو يقال: إنّ ذكره من باب المثال و كونه واردا مورد الغالب لأنّ الغالب كون الثمن نقدا و المثلث متاعا، فيكثر فيه العيب بخلاف النقد.

إلّا أنّ الكلام فى تمامية الروايات فى مدعى المشهور و قد عرفت ما فيها.

و هل يجرى فى سائر المعاوزات من الصلح و الاجارة و نحوهما أو لا؟ يظهر الحال فيها ممّا ذكرنا فى مورد الثمن بل التعميم فيها أشكل من الثمن، لا مكان التعميم فيه بحمل المبيع الوارد فى الروايات على أنّه من باب ذكر المثال، بخلاف البيع فاحتمال الخصوصية أقوى، فالقول بالارش، و اجبار الطرف الآخر عليه فى سائر العقود، يحتاج إلى دليل فالأقوى الاكتفاء بالردّ، أخذنا بسيرة العقلاء و قاعدة نفى الضرر و التعهّد الضمنى، إلّا إذا انحصر جبر الضرر بالارش.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٤١

فى مسقطات خيار العيب

إشارة

يسقط خيار العيب بأمر:

الأول: إنشاء السقوط قولاً و فعلاً:

من مسقطات خيار العيب هو إنشاء السقوط قولاً أو فعلاً أمّا الأول: فهو يختلف حسب سعة دلالة الألفاظ و ضيقها فربما تكون ظاهرة

في سقوط خصوص الردّ دون الارش كما إذا قال: التزمت بالعقد، فإنّ الالتزام بالعقد لا- ينافي إقرار العقد بالارش، و ربّما تكون صريحة فيه كما إذا قال أسقطت الردّ دون الارش إنّما الكلام إذا قال: أسقطت الخيار، فهل هو ظاهر في سقوط كلا الأمرين، كما عليه الشيخ الأعظم، أو خصوص الردّ، كما هو الظاهر من السيد الأستاذ- قدس سرّه-؟ و الظاهر هو الأوّل لأنّه بمعنى إسقاط السلطه على الازالة و الاقرار بالارش، و معه لا يبقى شيء.

تبريزي، جعفر سبحاني، المختار في أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار في أحكام الخيار؛ ص: ٣٤١

فإن قلت: قد فسّر الخيار بالسلطه على إقرار العقد و إزالته، و معه- كيف يفهم منه سقوط الارش، مع عدم دخوله في مفهومه. قلت: قد سبق أنّه شرط لأحد شقي الخيار و هو الاقرار، و قد دلّ عليه النقل، فلو كانت الملازمه بينهما (الاقرار و أخذ الارش) بمرتبه ينتقل من سماعه إلى الارش، فيكون المفهوم من إسقاط الخيار، هو إسقاط السلطه مطلقا، أي الازالة المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٤٢

و الاقرار بالارش، و إلّا فيكتفى بسقوط الردّ و الفسخ دون الارش، و على كل تقدير فالمتبع هو الفهم العرفي في المقام. هذا كله في إنشاء السقوط قولاً، و أمّا انشاؤه فعلاً فإنّما هو بالتصرّفات الاعتبارية، كالبيع و الهبة و العتق و التدبير و قد ذكره الشيخ تحت عنوان المسقط الثاني، أعني: التصرف- و سيوافيك أنّه ليس لنا دليل على أنّ التصرف بما هو هو مسقط- و إنّما دلّ الدليل على أنّ عدم بقاء العين على حالها مسقط. و التصرفات الاعتبارية لا تنافي بقاء العين على حالها، لكنّها لما كانت مصداقاً لانشاء الاسقاط فعلاً- من العالم بالعيب مطلقاً و من الجاهل إذا كان محتملاً للعيب، تكون مسقطه حتى و لو بعد الرجوع إلى ملك المشتري، فالمعيار هنا هو كونه مصداقاً لانشاء السقوط فعلاً، سواء أ بقيت على حالها أم لا، و سيوافيك الكلام على ضوء كلام الشيخ.

الثاني: اشتراط الاسقاط في متن العقد:

و لم يذكره الشيخ، و قد ذكره في سائر الخيارات، و قد مرّ الكلام فيه و أنّه ليس من قبيل إسقاط ما لم يجب.

الثالث: التصرف في المعيب:

و قد عدّ التصرف من المسقطات في كلمات جماعة و هل هو مسقط مطلقاً سواء أ كان قبل العلم بالمعيب أم كان بعده، كان دالاً على الرضا بالعقد أم لا، كان مغيراً أم لا، أو ليس بمسقط مطلقاً، أو مسقط إذا دلّ على الرضا دون المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٤٣

غيره، أو إذا كان مغيراً دون غيره، أو مسقط في كلتا صورتين دون غيرهما، هذه احتمالات في بدء النظر. و أمّا الأقوال: فقد اختلفوا فيما هو المسقط، فقبل المسقط:

١- التصرف الكاشف عن الرضا نوعاً و هذا هو الذي استظهره الشيخ من كلمات جماعة و ذكر نصوصهم.

٢- التصرف المغير و هو المحكى عن ابن الجنيد، و صريح الشرائع.

٣- التصرف المغير قبل العلم، و الكاشف عن الرضا بالعقد بعد العلم و إن لم يكن مغيراً، و هو خيرة ابن زهرة «١» و اختاره الشيخ الأعظم.

٤- التصرف بعد العلم و أمّا قبله فلا يسقط الخيار، حكى عن الشيخ في المبسوط «٢».

٥- التصرف بعد العلم يسقط الردّ و الأرش «٣».

٦- التصرف بالعتق يسقط الردّ أمّا الهبة و التدبير فلا يسقطان، و قد حكيا عن المقنعة «٤».

هذه هي الأقوال المصطادة من عبارات القوم و كتبهم و المستند في المقام روايتان:

١- خبر زرارة، و وصفه الشيخ الأعظم بالصحة و لم يعلم وجهه- مع أنّ في سنده موسى بن بكير و هو لم يوثق في الكتب الرجالية الأصلية:- عن أبي جعفر

(١)- المختلف: ١٩٥، الفصل الحادي عشر من كتاب التجارة.

(٢)- الجواهر: ٢٣ / ٢٣٩.

(٣)- الوسيلة: ٢٥٧.

(٤)- الجواهر: ٢٣ / ٢٣٩.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٤٤

- عليه السلام- قال: أيما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار، و لم يتبرأ إليه و لم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء، أنه يمضى عليه البيع و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١».

٢- مرسله جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما- عليهما السلام:- في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ، يرجع بنقصان العيب «٢».

و ربّما يتخيل التعارض بينهما، حيث إنّ الملاك في الأولى، هو احداث شيء في المبيع، و اطلاقه يشمل المغير و غيره مع أنّ الملاك في الثانية هو تغير المبيع و عدم بقائه على ما كان عليه في حال العقد.

و يرتفع التعارض بما ذكرنا في خيار الحيوان من أنّ المراد من إحداث الحدث في الروايات، هو ايجاد التغير في المبيع، لا- مطلق التصرف، كالأمر بغلق الباب و تعليق الدابة و سقيها، أو ركوبها إلى البيت أو غير ذلك من التصرفات التي تبقى معها العين على ما كانت عليه، و قد ذكرنا الشواهد على ذلك فراجع، و على ضوء هذا فالروايتان تشيران إلى معنى واحد و إن شئت قلت الثانية تفسّر الأولى.

و الذي يؤيد ذلك (أنّ مطلق التصرف غير مسقط) ما في صحيح دواد بن فرقد قال: «سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: الحديث ٣.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٤٥

عنده حتى مضى لها سنّ أشهر، و ليس بها حمل فقال: إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب تردّ منه «١» فإنّه من البعيد أن لا- يتصرف فيها المشتري، باللمس و غيره، أضف إلى ذلك: أنّه لو كانت مثل هذه التصرفات مسقطاً، يلزم أن لا يكون الوطاء مسقطاً، لسبق هذه الأمور عليه مع تضافر الروايات على أنّه من المسقطات «٢».

فإن قلت: إنّ الإمام- عليه السلام- قد عدّ في صحيحه على بن رثاب بعض التصرفات غير المغيرة من أقسام إحداث الحدث كاللمس و التقبيل و النظر إلى ما يحرم عليه قبل الشراء، فكيف يصحّ لنا تخصيص إحداث الشيء الوارد في خبر زرارة بالتصرف المغير.

قلت: قد تقدم منّا في خيار الحيوان أنّ ما جاء فيها تعيّد من الإمام و يختصّ باب خيار الحيوان لخصوصية في الأمة لا غير، و لا يعمّ باب خيار العيب لما عرفت في صحيحه داود بن فرقد، و غيرها.

فتلخص من ذلك أن المسقط - حسب ما تعطيه الروايتان - هو المغتير فهو مسقط مطلقا، سواء كان قبل العلم أو بعده، كشف عن الرضا نوعا بالعقد أم لا، و اختصاص خبر زرارة بما قبل العلم لا يضرر مع إطلاق مرسله جميل، على أنه إذا كان مسقطا قبل العلم، يكون مسقطا بعده بطريق أولى.

و بما أن الموضوع فى مرسله جميل هو بقاء العين و عدمه، فيعم ما إذا استند عدم البقاء إلى أمر سماوى، أو شخص ثالث، و كون الوارد فى خبر زرارة هو إسناد الحدث إلى المشتري لا يضرر بالمقصود بعد مساعدة العرف فى هذه المقامات

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣ من أبواب أحكام العيوب ١.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٤٦

على أن الموضوع «تبدل العين» و أن الاسناد إلى المشتري لكونه الغالب لا أنه دخيل.

و على ضوء ذلك، يكون المسقط الثانى: تغتير العين بأى سبب كان، و عدم بقائها على ما كانت عليه حال العقد لا التصرف كما هو الوارد فى كلمات القوم خصوصا المتأخرين.

و على هذا فما هو المسقط هو عدم بقاء العين، و أما التصرف غير المغتير، كبيع المبيع و هبته و عتقه، فليس بمسقط إلا لأجل كونه إنشاء فعليا للاسقاط - كما مر - و لا ينحصر فيها بل يعم ما لو قام المشتري بأمر يعد عرفا كونه مصداقا للاسقاط كما إذا عرض المبيع المعيب للبيع أو بنى اصطبلا للحيوان أو غير ذلك.

فإذا كانت هذه الأمور إنشاء للاسقاط فلو عاد إلى ملكه ثانيا، لا يجوز له الرد و إن كانت العين باقية. من غير فرق بين العتق و البيع و غيرهما.

نعم من جعل المسقط هو التصرف صح له البحث عن عمومته لهذه التصرفات و عدمها، و أما على المختار من أن التصرف ليس بمسقط رأسا، و إنما هو إما داخل تحت المسقط الثالث (التصرف فى العين إذا كان مغتيرا) أو تحت الأول: (إنشاء السقوط) فأحكام هذه التصرفات الاعتبارية واضحة.

الرابع: تلف العين:

و قد ادعى الاجماع على كونه مسقطا أو ما يكون كالتالف و يمكن الاستدلال عليه بوجوه:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٤٧

١- مفهوم الجملة الشرطية الواردة فى مرسله جميل حيث قال: «إن كان الثوب قائما بعينه رده على صاحبه» فكما أنه يصدق بانتفاء المحمول كما إذا كان الثوب موجودا لكن غير قائم بحاله، فهكذا يصدق بانتفاء الموضوع بتلف الثوب رأسا فيصدق أنه غير قائم بعينه.

و أورد عليه السيد الأستاذ - قدس سره - بأنه إنما يتم لو كان المفهوم «إن لم يكن الشئ قائما بعينه» و أما إذا كان المفهوم قضية معدولة «إن كان الثوب غير قائم بعينه» أو سألته مع حفظ الموضوع فلا، و الموافق للعرف فى الشرطيات وقوع الشرط فى عقد الاثبات و النفى على موضوع ملحوظ مفروض التحقق فيخرج مثل التلف الحقيقى «١».

يلاحظ عليه: أن ما ذكره من إخراج السالبة بانتفاء الموضوع عن تحت المفهوم و تخصيصه بالمعدولة بانتفاء المحمول دقة عقلية غير مطروحة للعرف المحكم فى هذه المقامات، و ذكر قطع الثوب أو خياطته فى ذيل الرواية لا يقتضى التخصيص.

٢- ادعاء الأولوية فإذا كان التغير مسقطا فالتلف أولى به.

يلاحظ عليه: بأن سقوط الرد عند التغيير إنما هو لأجل رعاية حال البائع لئلا يرد عليه المعيب المضاعف، بخلاف المقام، فإنه مع الرد يدفع المشتري قيمة العين المعيب و يأخذ الثمن، و هو شيء سهل لا حرج فيه للطرفين.

٣- إن الحق فى هذا الخيار حسب مفاد الأدلة تعلق برد العقد و على فرض القول بتعلقه بالعقد فهو مقيد حسب أخبار الباب بفسخ العقد برد العين،

(١)- المتاجر: ٣١ / ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٤٨

فسقوط الحق بالتلف و نحوه ليس كونه مسقطا شرعيا بل هو لأجل أنه لا يمكن الرد معه فإن وجود العين موضوع له.

يلاحظ عليه: أن التفريق بين هذا الخيار و غيره، ليس بظاهر و الخيار فى الجميع بمعنى واحد، و هو السلطة على حل العقد و اقراره فهو متعلق بالعقد الباقي، و تفسيره بما ذكر غير ظاهر و أما ما هو الوظيفة بعد الحل فإنما يرجع فيها إلى حكم العقلاء فلو كانت باقية ترد نفسها و إلا فبدلها من المثل أو القيامة و يأخذ الثمن.

و أما لفظ الرد الوارد فى مرسله جميل و غيرها فليس دليلا على أنه حق متعلق بالعين و إنما هو لبيان أثر الفسخ، لا لبيان ماهية الحق، و الشاهد عليه ما فى صحيحة حماد: «إن البيع لازم لا يردها» (١).

٤- إن المشتري - حسب فتوى المشهور - مخير بين الرد و أخذ الارش، و بما أن الثانى فى عرض الأول، فلما امتنع الأول، يتعين الشق الآخر للتخير، و لا تصل النوبة إلى الرجوع إلى رد بدل التالف، لأنه ليس فى عرض المبدل.

يلاحظ عليه - مضافا إلى أنه إنما يتم على مبنى المشهور، لا على ما هو المستفاد من الروايات - أن الشق الأول عبارة عن رد المبيع، و له درجتان، رده بعينه و رده بمثله أو بقيمته و ليس رد بدل التالف متأخرا عن أخذ الارش، لأنه من مصاديق ما هو متحد معه رتبة فرد البدل فى رتبة أخذ الارش.

فالأولى الاستدلال بالمفهوم لا بهذه الوجوه الاعتبارية.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٤٩

الخامس: حدوث عيب عند المشتري:

إشارة

إن حدوث العيب فى المبيع على أقسام:

١- حدوثه بعد العقد و قبل القبض.

٢- حدوثه بعد القبض فى أيام الخيار للمشتري.

٣- حدوثه بعد انقضاء أيامه.

و المقصود بالبحث هو الصورة الثالثة، و نبحت عن الأوليين استطرادا.

١- حدوثه قبل القبض ضمانا و مانعية:

إشارة

المبيع المعيب السابق على العقد، إذا حدث فيه العيب قبل القبض، يقع الكلام فيه في الأمور التالية:

١- هل ضمانه على البائع أو لا؟

٢- هل هو مانع عن الردّ أو لا؟

٣- هل هناك خياران أو خيار واحد؟

فنقول: إنّ الضمان على البائع و هو غير مانع عن الردّ بالعيب السابق، و يدل على كلا الحكمين أمران:

١- ارتكاز العقلاء حيث يرون البائع مسئولاً عن المبيع كلّاً و جزءاً و وصفاً حتى يسلمه و لا يرون العيب اللاحق مانعاً عن الردّ بل يكون الردّ مؤكداً لأجل تضاعف العيب.

٢- مرسله جميل و فيها: «يشترى الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً...» بيان أنّ

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٠

قوله «يجد فيه عيباً» و إنّ كان ظاهراً في العيب السابق على العقد، لكن الظهور بدئي، يزول بملاحظة أنّ بعض الأمتعة ربّما يقع الفصل الزمى بين العقد عليه، و تسليمه و قبضه، و يحدث فيه العيب أيضاً، و بما أنّ الرواية في مقام إعطاء الضابطة و أنّ ذكر الثوب و المتاع من باب المثال فيعم قوله: «يجد فيه عيباً» هذا القسم من العيب أيضاً، و لأجل ذلك يقوم التجار اليوم بعقد التأمين مع الشركات التأمينية، لجبر الخسارات الواردة على المبيع بين العقد و القبض، و ما هذا إلّا لأنّ بعض المبيعات في معرض التلف و التعيب في تلك الفترة من غير فرق بين العصر الحاضر و العصور الماضية.

فإذا كان الحديث مطلقاً، من حيث العيب السابق على العقد، و اللاحق به قبل القبض، و من حيث حدوث واحد منهما أو كليهما، يكون الجواب في الجميع واحداً و هو أنّه «إنّ المتاع إذا كان قائماً بعينه، رده على صاحبه و أخذ الثمن»، و تكون النتيجة هو كون الخسارة على البائع، و أنّ العيب الحادث غير مانع عن الردّ بالعيب السابق. و المبيع لأجل حدوث العيب بين العقد و القبض و إنّ كان غير باق على حاله لكن سيوافيك أنّ المرسله لا تشمل هذا النوع من التغير، بل تختص بالتغيرات الحادثة بعد القبض، فانتظر.

و ربّما يستدل بالنبوى الشريف: «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» بيان أنّ تلف البعض أو الوصف مثل تلف الكل، و المقصود أنّ التلف بأقسامه الثلاثة بعد العقد و قبل القبض يفرض كالتلف قبل العقد، و لازم ذلك الانفساخ في تلف الكل و البعض، و الخيار في حدوث العيب، و ذلك لأنّه لو كان المبيع تالفاً كلّاً أو بعضه قبل العقد، كان العقد عليه باطلاً، فهكذا إذا كان بعده، و لو كان معيباً قبل البيع أو حينه، كان موجبا للخيار، فهكذا إذا كان

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥١

بعده «١».

يلاحظ عليه أولاً: أنّ النبوى يتضمّن حكم تلف الكل، لا- البعض و لا- الوصف، فالحاقهما به يحتاج إلى الغاء الخصوصية أو تنقيح المناط.

و ثانياً: سلّمنا جواز إلحاق تلف البعض أو الوصف بتلف الكل، لكن المتبادر منه بيان خصوص كون الخسارة على البائع، و أمّا أنّ حكم كل واحد بعد العقد حكمه قبل العقد، فتكون النتيجة هو البطلان في الموردين، و الخيار في مورد طرء العيب، فلا استفاد منه إذ من المحتمل أن يكون حكم الكل بعد العقد هو البطلان، لا البطلان في موردين و الخيار في مورد ثالث و إنّ كان الحكم كذلك في التلف قبله.

و بذلك يظهر عدم صحّة الاستدلال بما دلّ على أنّ تلف المبيع أو بعضه قبل القبض على البائع، كرواية عقبه بن خالد «٢» و صحیحته

بريد بن معاويه (٣) فإن أقصى ما يمكن أن يقال: هو الحاق تلف الوصف بتلف الذات كلاً أو بعضاً، و أما كون الحكم فى الأولين هو البطلان، و فى الأخير الخيار قياساً على حكمهما قبل العقد فلا استفاد من الحديثين، لأن استفادة ذلك التفصيل يحتاج إلى دلالة زائدة لا توجد فيهما. فالأولى الاستدلال بسيرة العقلاء و مرسله جميل على أن الحكم إجماعى كما لا يخفى.

فإن قلت: كيف لا يوجب سقوط الخيار بالعيب السابق مع أن مقتضى إطلاق المرسله أن التغيير بعد العقد و قبل القبض مسقط، و لا يعقل أن يكون

(١) - تعليقه السيد الطباطبائى: ٧٦.

(٢) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠، من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٥٢

مسقطاً للخيار الآتى من قبله، لأن العيب سبب لثبوته لا لسقوطه، و أما سقوط الخيار الناشئ من السبب السابق فلا مانع منه، بل هو مقتضى دلالتها إطلاقاً (١).

قلت: إن قوله «فيجد فيه عيباً» و إن كان يشمل العيب القديم و الحادث بين العقد و القبض، على ما عرفت، لكن قوله: «إن كان الثوب قائماً بعينه...» ناظر إلى خصوص التغيير الحادث عند المشتري أى بعد دخول العين فى سلطته و خروج البائع عن مسؤوليتها، و جعلها على عاتق الآخر، فعلى هذا يقول الإمام: إن جواز الردّ و عدمه يدور مدار بقاء الشيء على حاله و على النحو الذى أخذ و عدمه، و لا نظراً لها إلى التغيير الحادث بين العقد و القبض حتى يقال إن مقتضى إطلاقها، هو سقوط الخيار بالعيب السابق، بواسطة العيب اللاحق. و بالجملة: المقصود تغييره و عدمه بعد القبض و أما العوارض الطارئة قبله فليست بصدد بيان حكمها.

إذا عرفت هذا فإليك البحث عن تعدد الخيار و وحدته.

هل هناك خياران أو خيار واحد؟

إذا كان العيب الحادث لا يؤثر فى سقوط الخيار المسبب من العيب المتقدم على العقد، يقع الكلام فى تعدد الخيار و وحدته، و أن العيب الحادث يؤكد الخيار السابق أو يحدث فيه خياراً مستقلاً.

لا شك أن تعدد العيب يؤثر فى كثرة الأرش و قلته، بمعنى لحاظ كل من النقصين و ذلك لأن لكل عيب تأثيراً فى قلته الرغبة و نزول السعر،

(١) - المتاجر: للسيد الأستاذ قسم الخيارات: ٤٥ / ٥ - ٤٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٥٣

إنما الكلام فى أن تعدد العيب هل يؤثر فى تعدد الخيار أو لا، فنقول إنه على قسمين:

١- إذا كان العيبان مجتمعين قبل العقد.

٢- إذا كانا مترتبين بأن كان أحدهما موجوداً قبله و الآخر حدث بينه و بين القبض.

فيقع الكلام فى أن الفردين من طبيعته واحدة سواء كانا مجتمعين أو مترتبين كالفردين من سببين مختلفين، كالشرط و بيع الحيوان، حتى يتعدّد الخيار، أو لا.

هناك احتمالات:

ألف: التفريق بين فردين من سببين مختلفين فيستقل كل بالخيار، و فردين من سبب واحد، فيكونان داخلين تحت عنوان العيب، فيصير المسبب واحدا كالسبب.

ب: الحكم بتعدد الخيار مطلقا، كانا من جنس واحد أو من جنسين، كانا مجتمعين قبل العقد أو متفرقين، و تصوّر أنّ تعدد الخيار أشبه بتحصيل الحاصل، مدفوع بأنه إنّما يلزم لو لم يكن للتعدد أثر، و المشتري ربّما يسقط الخيار المسبب من سبب (الحيوان) دون آخر (الشرط) و ربّما يرضى بأحد العيين، و يبقى الآخر مؤثرا في جواز الردّ.

ج: التفريق بين المجتمعين و المترتين من جنس واحد، فلو كانا مجتمعين قبل العقد فالخيار واحد و لو كانا مترتين فالخيار متعدّد، و ذلك لأنّهما إذا كانا مجتمعين في زمان واحد، يستند الخيار في نظر العرف إلى الجامع بينهما، أعنى:

العيب، فيتحد الخيار لاتحاد سببه، بخلاف ما إذا كان مترتين فالعيب الموجود

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٤

حين العقد، يوجب خيارا، و الحادث بعده، يؤثّر تأثيرا جديدا لعدم كون الاجتماع مانعا عن تأثيره.

د: إنّ المترتين كالمجتمعين لا- يوجبان خيارا جديدا، غير أنّ الفرد الأخير في المترتين له اقتضاء التأثير فلو ارتفع المانع يكون مؤثرا فعليا، مثلا إذا أسقط الخيار المستند إلى العيب السابق، ثمّ حدث العيب الجديد، أو أسقطه بعد حدوثه، فلا مانع من أن يكون الحادث مؤثرا و موجبا للخيار، و حاصل الفرق أنّ كل فرد من المجتمعين يصبح كجزء العلة، فيؤثّر الجميع و يحدث خيارا واحدا، بخلاف المترتين الواقعين في زمنين مختلفين، فإنّ كل واحد علمه تامه غير أنّ سبق تأثير الأول، يمنع عن تأثيره الفعلي، فإذا ارتفع المانع، كما أسقط خياره، تعود الفعلية عليه و يكون سببا مستقلا للخيار.

فإن قلت: الاستفادة من النبوى الشريف أنّ العيب الحادث بين العقد و القبض، كالعيب الموجود قبل العقد، فيلزم على هذا، اتحاد حكم المترتين مع المجتمعين.

قلت: قد عرفت مفاده و أنّه لا يتجاوز عن كون الخسارة على البائع، و أمّا أنّ العيب الحادث يتحد مع القديم في جميع الجهات فلا.

هذه هي الوجوه المحتملة، و الوجه الأخير هو الأقرب إلى الاعتبار و ارتكاز العقلاء.

و بذلك يظهر ما في كلام سيدنا الأستاذ- قدّس سرّه- من أنّ الخيارات المتعدّدة للعيوب تعد لغوا «١» مع أنّ تعدد الخيار ليس إلّا كتعدد الحقوق فله أن يتعامل مع كلّ حق بشكل خاص.

(١)- المتاجر: قسم الخيارات: ٤٥ / ٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٥

٢- حكم العيب الحادث بعد القبض في أيام الخيار:

تضافرت النصوص على أنّ العيب الحادث في أيام الخيار للمشتري على البائع، ففي صحيحه ابن سنان: سألت أبا عبد الله- عليه السلام:- عن الرجل يشتري الدائبة أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فتموت الدائبة أو العبد، أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟! فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط: ثلاثة أيام، و يصير المبيع للمشتري «١».

روى الصدوق عن ابن رباط مرسلا عن أبي عبد الله- عليه السلام-. قال: إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع «٢».

فيقع الكلام في ضمانه، و احداثه الخيار، ثم في مانعيته- على نحو تعرف- و الاستدلال بالصحيحه على المقام فرع دراسة مدلولها و تبين ما ذا يريد الإمام- عليه السلام- من قوله: «حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري».

فهل التعبير حقيقي و المراد أن المبيع ملك للبائع حقيقة، و أنه بعد لم ينتقل منه إلى المشتري، و إنما يتحقق إذا انقضت أيام الخيار، كما هو خيرة الشيخ الطوسي، و لأجل ذلك ذهب - قدس سره - إلى أن حصول الملكية للمشتري يتوقف على انقضاء الخيار. أو أن التعبير، تعبير مجازي يهدف إلى أنه لما كان النقص على البائع و من ماله، فكأنه بعد باق في ملكه و لم ينتقل إلى المشتري و لم يصير ماله.

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ٢ و ٥.

(٢) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام الخيار، الحديث ٢ و ٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٦

فلو قلنا بالأول - الذي أعرض عنه المشهور - يكون حكم العيب الحادث في زمان الخيار حكم العيب الحادث قبل تمام البيع كالحادث بين الايجاب و القبول، و من المعلوم أن مثله مضمون على البائع، و لو باعه - مع هذا العيب - يحدث خيارا و لا موضوع للبحث عن مانعيته، لأن البحث عنها فيما إذا تم البيع، و حدث العيب بعده، و المفروض خلافه، فحكم هذا العيب الحادث في زمان الخيار، حكم الحادث قبل إجراء العقد أو أثناءه، فكما أنه لا موضوع للبحث عن المانعية هناك فكذا المقام. لأن المفروض أن الانتقال غير حاصل. و لو قلنا بالثاني، يثبت الضمان و الخيار لأن التنزيل إنما هو بلحاظ أظهر الآثار، و أثر حدوث العيب في ملك البائع حقيقة، إنما هو كونه من ماله و لو باعه معه، يحدث خيارا، فهكذا المنزل منزله، أعنى: العيب الحادث في أثناء أيام الخيار، فهو مثل الحادث في ملك البائع في أظهر الآثار و أجلاها، و هو الخيار و الضمان.

و أمّا مانعيته عن الردّ بالعيب السابق فالمرسله منصرفه عن هذا المورد لأن العين و إن كانت غير باقية على حالها حيث تغيرت عمّا كانت عليه قبل القبض، لكن لما كانت المسئولية على عاتق البائع، و النقص متوجّها إليه تكون المرسله منصرفه عن هذه الصورة و إنما هي ناظرة إلى ما لا يكون النقص متوجّها إليه، بل تكون المسئولية متوجّهة إلى المشتري ففي مثل هذا المورد يكون التغير - و لو كان خارجا عن حيطه المشتري و اختياره - موجبا لمنع الرد بالعيب السابق.

ثم إن ما دلّ على أن العيب الحادث في أيام الخيار من مال البائع، مختص بالآفة السماوية، من غير فرق بين صحيحة ابن سنان، أو مرسله ابن رباط ففي

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٧

هذا النوع من العيب يأتي حديث التنزيل الوارد في الروايتين و يتلقّى كأنه حدث قبل العقد، فيكون محدثا للخيار و غير مانع عن الردّ. و أمّا العيب الحادث بفعل البائع أو المشتري، أو الأجنبي، فهو خارج عن حريم ما دلّ على أن تلف المبيع في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له، و يرجع فيه إلى سائر القواعد.

أمّا إتلاف البائع، فليس بمانع، لانصراف المرسله عمّا إذا كان عدم القيام مستندا إلى تقصير البائع فالمرجع فيه هو عمومات الردّ بالعيب السابق، فللمشتري خيار الردّ و أخذ الثمن، كما له أخذ الارش للعيين السابق و الحادث.

و لكن تلاحظ في أخذ الارش للسابق، النسبة إلى الثمن، لأن الضمان فيه ضمان معاوضي فالمشتري لا يستحقّ قيمه ما نقص بالعيب السابق بل يستحق ما دفع بإزائه من الثمن، فلأجل ذلك يستحق ما خصّه به من الثمن، بخلاف العيب الحادث بيد البائع بعد القبض فإنّ الضمان فيه ضمان يد و غرامه، فيستحقّ قيمته السوقية.

و الحاصل أن مرسله جميل: تهدف إلى مراعاة جانب البائع فشرط في الالتزام بالردّ بقاء العين بحالها، و من المعلوم أنها لا تعم إذا كان البائع نفسه سببا للنقص و ايجاد الضرر.

و أمّا إتلاف المشتري فمستقط بلا كلام، لاطلاق المرسله، و أمّا الأجنبي فهو أيضا مانع عن الردّ لعدم قيام العين بحالها.

ثم إن كون الموضوع في رواية زرارة، هو إحداهما المشتري، وفي مرسله جميل،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٨

عدم قيام العين بحالها، لا يوجب التعارض لأنهما مثبتتان، لا تصلح إحداهما لتقييد الأخرى، بل تحدّد الأولى بمرسله جميل فيكون الملاك بقاء العين و عدمه.

٣- العيب الحادث بعد القبض و الخيار:

إذا حدث العيب بعد زمان انقضاء الخيار، فقد حكى الاجماع على كونه مضمونا على المشتري، و أنه مانع عن الردّ. قال الشيخ في الخلاف: إذا اشترى شيئا و قبضه، ثم وجد به عيبا كان عند البائع، و حدث عنده عيب آخر، لم يكن له ردّه إلا أن يرضى البائع بأن يقبله فيكون له ردّه، و يكون له الارش إذا امتنع البائع من قبوله معيبا، و به قال الشافعي.

و قال أبو ثور و حماد بن أبي سلمان: إذا حدث عند المشتري عيب و وجد عيبا قديما كان عند البائع ردّه و ردّ معه أرش العيب. و قال مالك و أحمد: المشتري بالخيار بين أن يرده مع ارش العيب الحادث، و بين أن يمسكه و يرجع على البائع بارش العيب القديم (١).

و لم ينقل الخلاف إلا من المفيد لكن عبارته في المقنعة ليست صريحة في جواز الردّ (٢) و استدلال العلامة في التذكرة بأن تحمّل البائع له بالعيب السابق ليس أولى من تحمّل المشتري له بالعيب الحادث.

يلاحظ عليه: أنه لا يثبت ما رامه (عدم جواز الردّ) إذ غاية أن المقام من قبيل تعارض الضررين فيتساقطان، فيرجع إلى عمومات الردّ عند الأصحاب لتسالمهم في تلك الموارد الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص.

(١)- الخلاف: ٣/ ١١٤-١١٥ كتاب البيع، المسألة ١٩٢.

(٢)- المقنعة: ٥٩٧ باب العيوب الموجبة للردّ.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٥٩

و الأولى الاستدلال برواية زرارة و مرسله جميل، و قد عرفت عدم التعارض بينهما و أن المقياس بقاء العين بحالها. و المفروض خلافه من غير فرق بين كون التلف مستندا إلى آفة سماوية أو المشتري أو الأجنبي. نعم لو كان العيب مستندا بفعل البائع لا يكون مانعا عن الردّ لما عرفت في البحث المتقدم.

بقيت هنا أمور «١»:

الأول: إذا كان المستند لسقوط الخيار هو مرسل «جميل» المؤيد برواية زرارة،

فالمسقط الخامس عدم بقاء العين على ما كانت عليه، من التلف و التغير، سواء كان حسيّا أو غير حسيّ، كما إذا نسي الطحن أو الخياطة أو الكتابة سواء كان التغير عيبا أم لا، فيسقط في موارد و إن لم يكن هناك عيب.

١- إذا عمل في المبيع له أجره أو زاد فيه وصفا كذلك، فليس له الردّ لعدم القيام على ما كان و إن لم يكن عيب بل ربّما يزيد على قيمته و قد ورد في مرسله جميل: الصبغ و الخياطة.

٢- إذا مزج المبيع بماله على وجه لا يتميّز كمزج الحنطة بالحنطة المساوية لها فيصدق عدم قيامه بعينه.

٣- إذا تلف بعض المبيع، و إن لم يكن للتالف تأثير في الباقي كما إذا تلف طنّ من أطنان الحنطة، و لأجل ذلك قلنا: إن الموضوع

التغير سواء كان عيبا أو لا.

الثانى: لورضى البائع برده مع الارش أو مجانا

فهل يبقى التخيير بين الردّ و الارش مع عدم بقاء العين بحالها أو لا؟ وجهان: من أن المنع عن الردّ

(١)- ذكرها الشيخ الأعظم و أكملها السيد الطباطبائى فى تعليقه: ٧٩- ٨٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٠

لرعاية حال البائع، فإذا رضى به فلا مانع من الردّ. و من أنه على خلاف ظاهر المرسله من سقوط الردّ و تعيين الارش. و الأقوى هو الأول، لأنها وارده فى مقام توهم جواز الالتزام بالردّ- مع عدم بقاء العين بحالها- فيكون قوله: «و إن كان الثوب قد قطع ...» يرجع بنقصان العيب، فى مقام ردّ ذلك التوهم، فلا يستفاد منها عدم جواز الردّ مع الرضا، بل عدم جواز الالتزام، و هذا نظير إطلاقات الأمر بالردّ مع عدم التصرف فإنها فى مقام دفع توهم لزوم الوفاء، فلا يستفاد منها لزوم الردّ و عدم جواز الإمساك مع الارش. هذا كله إذا لم يكن بعنوان الاقالة و إلا فلا اشكال، و ليست المرسله ناظرة إلى نفيها.

الثالث: إذا زال العيب الحادث قبل أخذ الارش

فهل يجوز الردّ أو لا؟

وجهان من صدق بقاء العين على حالها حين الردّ، مضافا إلى أن العيب السابق مقتضى للردّ، و الحادث مانع ما دام موجودا فإذا زال، أثر المقتضى، و من أنه إذا طرأ الحادث صدق أن العين غير قائمه بحالها فسقط الخيار. و الأول هو الأقوى، إذ لا يستفاد من المرسله، إلا مانعية العيب الجديد عن الردّ لا سقوطه به، لو لم نقل إن الميزان عدم القيام بحالها فى حال الردّ لا مطلقا و قد قلنا سابقا إن البيع من الغير، مانع ما دام موجودا فإذا رجعت إليه، فهو لا يمنع عن الردّ لصدق القيام بحالها حينه، اللهم إلا أن يعدّ نفس رفع العيب عن طريق التصليح عيبا باقيا كما هو الحال فى الأجهزة الصناعيه، فلا يلزم بالقبول.

الرابع: إذ ردّ بالعيب السابق

، قبل ظهور العيب الحادث فى يد المشتري ثم بان له، فهل يكشف عن بطلان الفسخ بالعيب السابق أو لا؟ الظاهر نعم لأن الموضوع للردّ بالفسخ بقاء العين على حالها، فإذا بان خلافه، بأن تبين عدم

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦١

المجوز للفسخ واقعا فيبطل الفسخ، و رضا البائع كان مبنيا على بقاء المبيع على حاله فإذا بان الخلاف لم يعتد بالرضا المعلق.

[من موانع الردّ تبعض الصفقة]

إشارة

إنّ من موانع الردّ تبعض الصفقة و له أقسام:

١- تبعض الصفقة برّد المعيب و ابقاء الصحيح:

إنّ من موانع الرّد- عند المشهور- لو لم يكن إجماعا- تبعض الصفقة بالرّد، و ذلك فيما إذا ابتاع شيئين من مالك واحد بثمن واحد، ثمّ بان عيب فى واحد منهما، فليس له ردّ المعيب و امسك الصحيح بل له إمّا ردهما أو إمساكهما معا. قال الشيخ فى الخلاف: إذا اشترى عبيدين صفقة واحدة، فوجد بأحدهما عيبا، لم يجز له أن يرّد المعيب دون الصحيح و له أن يردهما، و به قال الشافعى.

و قال أبو حنيفة: له أن يردّ المعيب دون الآخر، دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم «١».

و قال المحقق: و إذا ابتاع شيئين صفقة ثمّ علم بعيب فى أحدهما لم يجز ردّ المعيب منفردا و له ردهما أو أخذ الارش، و علّق عليه فى الجواهر بقوله: «بلا خلاف أجده فيه بل فى الغنية الاجماع عليه» «٢».

و لنبيّن حكم بعض الأمثلة حتى يتبيّن محل النزاع.

١- إذا كانت له دار ذات شقق، فباع إحداها بثمن، و أخرى بثمن آخر،

(١)- الخلاف: ٣/ ١١٠، المسألة ١٨٠ من كتاب البيوع.

(٢)- الجواهر: ٢٣/ ٢٤٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٢

فبان العيب فى أحد الشقّتين، فله إمساك الصحيح و ردّ المعيب، سواء وقع البيعان بانشاءين أو كان البيعان بانشاء واحد، كما إذا قال بعد المذاكرة و المقاوله: بع ما علم بما علم، و مثله ما إذا زوج و كيل المرأتين كليهما من زوج واحد بعقد واحد و قال: زوجتهما من موكلّى ثم بان سبب فسخ نكاحها فى إحدهما، فيجوز للزوج فسخها دون الأخرى.

٢- لو باع سهمه المشاع من الدار و البستان لأجنبى صفقة واحدة، فللشريك الأخذ بالشفعة، فى كلا الموردين أو واحد منهما، لأنّ له حقّين مستقلّين و ليس إعمال أحدهما مشروطا باعمال الآخر، و هل للمشتري الخيار، لأجل تبعض الصفقة أو لا؟ فهو مبنى على كفاية لا ضرر فى إثبات الخيار. فيما إذا كان هناك ضرر نوعا.

٣- إذا باع الحيوان مع الثوب صفقة واحدة، يجوز للمشتري، ردّ الحيوان فى ثلاثة أيام وحده، لأنّ متعلّق الخيار هو الحيوان، لا الثوب و لا- المجموع منهما، و لو رده فهل للبائع الخيار، لتبعض الصفقة أو لا؟ فهو مبنى على كون «لا ضرر» كافيا لإثبات الخيار، فيما كان هناك ضرر نوعا.

إذا تعرّف على حكم هذه الأمثلة يقع الكلام فى أنّه إذا اشترى شيئين بثمن واحد من بائع واحد فبان العيب فى أحدهما دون الآخر، فهل للمشتري امسك الصحيح و ردّ المعيب أو لا؟ و بعبارة أخرى فهل له هذا الحق أو لا؟ و تظهر الثمرة فى أنّه على القول بالجواز يكون الرّد نافذا من غير ترقيب، غاية الأمر كان للبائع خيار تبعض الصفقة على القول به، و ربّما لا يقوم باعماله. أمّا إذا لم نقل به، يكون الرّد باطلا لعدم ثبوت هذا الحق، و لا تصل النوبة إلى خيار البائع لأجل التبعض.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٣

و تظهر الثمرة أيضا فيما إذا قلنا بالجواز و كان البائع راضيا، فإنّ الرّد يكون نافذا، و هذا بخلاف إذا لم نقل به فإنّ رضاه لا يفيد، لعدم كونه مشرّعا.

ثمّ إنّ محلّ البحث فيما إذا أمكن ردّ المعيب و امسك الصحيح و هذا فرع الانفكاك بينهما فما يظهر من الشيخ من تعميم البحث إلى الجزء المشاع غير ظاهر «١».

ثم إنه يمكن الاستدلال على عدم التبعض بوجوه و هي بين صحيح و زائف و إليك بيانها:

الأول: ارتكاز العقلاء في كل عصر و مصر، حيث لا يرون للمشتري إلّا حقا واحدا و هو إمّا ردّ الجميع، أو إمساك الجميع مع أخذ الارش، و إمّا التبعض فلا و هذا متبع ما لم يردع عنه الشرع.

الثاني: إنّ العقد الواحد إمّا ينفذ أو يفسخ، و لا يتبعّض.

توضيحه: أنّ قوله - عليه السلام - في المرسله: «إن كان الشئ قائما بعينه ردّ على صاحبه» لا يخلو إمّا أن يراد منه الردّ الخارجى مع حفظ العقد و عدم فسخه، أو يجعل كناية عن فسخ العقد و حلّه، و يكون أثره رجوع العوضين إلى محلّهما. و الأوّل غير محتمل، إذ لا معنى لرجوع العوضين إلى محلّهما مع بقاء العقد، فإنّ معنى ذلك ردّ المثل مع كونه ملكا للمشتري إلى البائع، و ردّ الثمن مع كونه ملكا للبائع إلى المشتري. و الثانى هو المتعين، فإذا كان كناية عن الفسخ، فلا يجوز التبعض فى

(١) - حيث قال: «إذا اشترى شيئا واحدا أو شيئين» و مراده من الشئ الواحد، هو الواحد الحقيقى حيث قال: «لأنّ المردود إن كان جزءا مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة، و إن كان معينا فهو ناقص...» و لا يتصور ردّ المعيب و إمساك الصحيح فى الواحد الحقيقى إلّا بتكلف.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٤

حلّ العقد باثباته فى بعض دون بعض (١) إلّا بأمرين:

١- انحلال العقد الواحد إلى عقود، و الالتزام الفارد إلى التزامات قابلة للتفكيك بفسخ واحد دون آخر. و هذا و إن أمكن عقلا لكنّه غير معهود عرفا فهو لا يرى فى المقام إلّا عقدا و الزاما واحدا، إمّا يثبت أو يزول.

٢- فسخ المعاملة من رأس و إنشاء العقد على خصوص الصحيح و هو خلاف الفرض.

الثالث: عدم بقاء المبيع بحاله.

توضيحه: أنّه جاء فى المرسله «فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا؟ فقال: لو كان الشئ قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن» (٢)، و المراد من المتاع كل ما يطلق عليه من واحد أو أكثر، فلو اشترى لطفله ثوبا مع حذاء بصفقة، يصدق عليهما أنّه اشترى متاعا فليست الوحدة داخله فى مفهومه، و لا هو مقيد بالكثرة، بل يصدق على كل ما يتمتع به الإنسان من قليل و كثير. و على ضوء ذلك يجب أن يكون المتاع باقيا بذاته و وصفه المقصود للعقلاء، و فى ردّ المعيب و إن كان المتاع باقيا بذاته لكنّه غير باق بوصفه، أعنى: انضمامه إلى الصحيح الذى هو الدافع لبيعه و شرائه.

و ما ربّما يقال: من أنّ التغير المانع هو الحادث قبل الردّ، لا الحادث به،

(١) - كتب الإمام أمير المؤمنين إلى معاوية: «لأنّها بيعه واحدة لا يثنى فيها النظر، و لا يستأنف فيها الخيار» نهج البلاغه، قسم الرسائل: ٧ ذكرت كلامه - عليه السلام - لأدنى مناسبة.

(٢) - الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٥

غير تام لأنّ مانعيته لأجل رعاية حال البائع، و سدّ توجّه الضرر إليه، فلا يتفاوت الحال بين كونه قبل الردّ أو بعده، و المقصود هو أن يصل المتاع إلى البائع على النحو الذى دفعه و التبعض يباينه.

هذه الوجوه، هى التى يمكن أن يستند إليها الفقيه فى إثبات مانعية التبعض عن الردّ و ربّما يستدل بما لا يعتمد عليه و إليك البيان:

الرابع: إنّ الأدلّة ظاهرة فى تعلق حقّ الخيار بالمجموع لا بكلّ جزء و لا أقل من الشكك، ضرورة عدم الوثوق بالإطلاق فيها على وجه

يشمل الفرض و الأصل اللزوم من غير فرق بين ما ينقصه التفريق كمصراعى باب أو لا «١».

و أورد عليه الشيخ الأعظم بوجهين:

١- أن لازم ذلك عدم جواز ردّ المعيب منفردا و إن رضى البائع، لأنّ المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار في الجزء لا لوجود المانع منه، و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع.

٢- لا شك في أنّ حقّ الخيار حقّ وحدانيّ متعلّق بما تعلّق به و لا يجوز تبعيضه بالنسبة إلى أجزاء ذلك المتعلّق، و إنّما الاشكال في أنّ متعلّقه هل هو خصوص الشيء المعيب، أو مجموع ما وقع عليه العقد؟ لنا أن نقول: إنّ ظاهر دليل الخيار، هو الأوّل، فيكون كأخبار خيار الحيوان، و لازمه جواز التفريق، نظير الخيار المسبّب عن وجود الحيوان في الصفقة في اختصاصه، به نظير اختصاصه في المقام بالجزء المعيوب، و على ذلك له حقّ ردّ المعيب وحده و لكن ردّ الصحيح معه لأجل دفع الضرر و لكن لو رضى، صحّ الرد لوجود المقتضى و عدم المانع

(١)- الجواهر: ٢٣ / ٢٤٨.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٦٦

برضا البائع «١».

أضف إليه: أنّه كلّما كان الخيار لوجود خصوصية في المبيع، يتعلّق الخيار بما فيه الخصوصية، كالحيوان إذا بيع مع شيء آخر، فمتعلّق الخيار، هو الحيوان، لقوله:

«و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام» «٢» و مثله المقام فإنّ الخيار لأجل خصوصية في المبيع، من عيب أو عوار، كما في قوله في رواية زرارة: «أيما رجل اشترى شيئا و به عيب أو عوار ...» «٣» و لأجل ذلك لا- وجه لتعلّق الخيار بما لا- ملاك فيه للخيار و هو الصحيح المنضم إليه.

هذا ما يمكن أن يقال في نقد ما استدللّ به صاحب الجواهر- قدّس سرّه-.

و الظاهر عدم ابتناء حلّ المسألة على تعلّق الخيار بالمجموع أو بما فيه العيب، و ذلك أنّا نفترض أنّه تعلّق بما فيه العيب، و لكنّه لا يكون دليلا- على جواز ردّه منفردا إلّا إذا ثبتت الملازمة بين كون شيء متعلّقا للخيار و ردّه مطلقا، سواء كان تمام المبيع أو بعضه إذ من المحتمل أن تكون الملازمة بينهما فيما إذا كان المتعلّق تامه لا جزئه. و هو خلاف الفرض، فمحاوله صاحب الجواهر لاثبات كون

(١)- توضيح لما أفاده الشيخ، و عبارته لا تخلو عن اطناب و اغلاق، حيث قال: لا شك في ثبوت حقّ الخيار لمجموع المبيع لا لكلّ جزء ثمّ فرع عليه قوله: «هل محلّ الخيار، الشيء المعيوب أو مجموع ما وقع عليه العقد» و من الواضح أنّه لو كان الخيار متعلّقا لمجموع المبيع، لما كان له إلّا قسم واحد و هو الثاني، و لا يتصوّر تعلّقه بالمعيب وحده و لأجل ذلك تحيّر المحشّون في تصحيح العبارة و احتمال السيد الطباطبائي أنّ المقصود من «مجموع المبيع» مجموع متعلّق الخيار، سواء كان كل المبيع أو القسم المعيب، و المراد أنّ الخيار على كلا القولين يتعلّق بالكل، لا بكل جزء منه. و لا يخفى بعد التوجيه و لعلّ النسخ مغلوطة.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٣، لاحظ روايات الباب.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ١٦، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٦٧

المتعلّق، تمام المبيع لا جزئه فلا يثبت جواز الردّ، و سعى الشيخ لاثبات أنّ متعلّقه ما فيه العيب فيثبت جواز الردّ، غير ناجح.

الخامس: ما ذكره الشيخ من أن مرجع جواز الردّ منفردا، إلى اثبات سلطنته للمشتري على الجزء الصحيح من حيث إمساكه، ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع، و لكن منع سلطنته على الردّ أولا، أولى، و لا أقل من التساوى فيرجع إلى أصالة اللزوم. يلاحظ عليه: أنه استحسان و المتبع هو الدليل و قد عرفت مفاده.

٢- تبعض الصفة بتعدد المشتري:

الفرق بين هذه المسألة و المسألة المتقدمه واضح، فإن محور الكلام فيما تقدم، هو أن تعدد المبيع - مع فرض وحده العقد و البائع و المشتري - هل يوجب تعدد الخيار على أن يكون بإزاء كل معيب خيار، و لازم ذلك أنه لو كان العيب فى جزء المبيع لا فى تمامه اختص الخيار به، أو لا- يوجب ذلك، بل هنا خيار واحد يتعلّق بتمام المبيع، سواء كان واحدا أو متعددا، و على الثانى كان المعيب واحدا أو متعددا.

و أما محور الكلام فى هذه المسألة فهو أن تعدد المشتري - مع فرض تعدد العقد و المبيع و البائع - هل يوجب تعدد الخيار لكل من المشتريين فيجوز لأحدهما الانفراد بالفسخ فى سهمه أو لا؟ و على كل تقدير فى المقام أقوال أربعة:

١- الجواز مطلقا، و هو خيره الشيخ و الاسكافى و القاضى و الحلى و غيرهم و هو

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٨

الأقوى كما ستعرف.

٢- عدم الجواز مطلقا، و هو خيره الشيخ الأعظم و جماعة.

٣- التفصيل بين علم البائع بتعدد المشتري فيجوز مع علمه لا مع جهله، و هو خيره جامع المقاصد و المسالك.

٤- الجواز مع تعدد القبول من المشتريين، و أمّا مع وحده القبول فيه التفصيل بين علم البائع بالتعدد و جهله، و أمّا مبنى الجواز و عدمه - مع قطع النظر عن التفصيلات - فتحتل أمور:

١- هل يتعدّد العقد بتعدّد المشتري - مع وحده المبيع - أو لا؟

٢- هل يتعدّد الخيار بتعدّد المشتري، أو لا؟

٣- هل المبيع قائم بحاله إذا قام أحدهما بالأعمال أو لا؟

استدلّ الشيخ على عدم الجواز مطلقا بوجه ثلاثة:

ألف: إنّ الثابت من الدليل أنّ هنا خيارا واحدا متقوما باثنين، فليس لكل منهما الاستقلال، و لا دليل على تعدد الخيار هنا إلا اطلاق الفتاوى و النصوص من أنّ من اشترى معيبا فهو بالخيار الشامل لمن اشترى جزءا من المعيب لكنّه منصرف إلى غير المقام.

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الدليل منصرفا إلى ما إذا اتحد المشتري، و كان المورد خارجا عن اطلاق الدليل، يلزم أن لا يحكم بالخيار لمجموع المشتريين أيضا لأجل انصراف الدليل عن مثل المقام فيلزم أن لا يكون هناك خيار أصلا و هو كما ترى.

مع أنّ الامعان فى دليل خيار العيب يعرب عن أنّ الخيار ثابت لطبيعه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٦٩

المشتري سواء اشترى تمام الشئ أو بعضه و ليس الهدف منه إلما دفع الضرر عن جانب المشتري فلا- يتفاوت بين كونه واحدا أو متعددا.

ب: إن ردّ هذا المبيع منفردا عن الآخر نقص حدث فيه.

يلاحظ عليه: أنّ حدوث النقص فى المبيع باعمال الخيار، لا يكون مانعا عن ثبوت أصله، و جواز ردّه غاية الأمر يكون سببا لثبوت

خيار آخر للبائع لأجله و هو غير منكر فى المقام.

ج: إذا ردّ بعض المبيع يصدق عليه أنه غير قائم بعينه و لو بفعل الممسك حصته و هو مانع عن الرد.

يلاحظ عليه: أنّ المراد قيام المبيع بعينه، و ليس المبيع إلّا السهم المشاع و هو قائم بحاله لم ينقص منه شيء، و مردود على النحو الذى أخذ، و أمّا افتراقه عن النصف الآخر، فليس تغييرا فى المبيع.

إذا عرفت مدى صحّة دليل المانع فاعلم أنّ مبنى المسألة إثباتا و نفيًا، هو تعدّد العقد و وحدته فى المقام، فلو كان العقد متعدّدًا فيتعدّد الخيار، فلو اتّحد العقد يتّحد الخيار، و لأجل ذلك لو كان تعدّد العقد فى مورد واضحًا لا يشكّ فى تعدّد الخيار أحد مثلاً فلو باع نصف داره من زيد مشاعًا، ثم باع النصف الآخر من عمرو من دون صلّة بين المشتريين، فلو حاول أحدهما فسخ ما اشترى لعيب فيها، لم يكن به بأس، و لا يدور فى خلد أحد، أنّه لا يصحّ له الانفراد بأعمال الخيار، فيعمّه قوله: «أيّما رجل اشترى شيئًا و به عيب و عوار» «١» و مثله المقام، فلو باع داره من شخصين بصفقة واحدة و قال: بعتهما الدار بالمنافسة، أو لم يذكر

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٠

المنافسة فقالا: قبلنا، فالإنشاء و إن كان واحداً، لكنّه منحلّ إلى إنشاءين، و عقدين، و التزامين، و لكل عقد و التزام، شأنه و حكمه، و قد مرّ أنّ وكيل امرأتين لو زوّجهما من رجل واحد، و وجد فى إحدهما سبب الفسخ، يصحّ له فسخ نكاحها مع إمساك الأخرى. نعم ربّما يمكن تصوّر وحدة العقد، مع تعدّد القبول، كما إذا كان القابلان وكيلين أو متولّيين لمشروع له شخصيّة حقوقية كالمنشآت الثقافية، أو الاقتصادية أو المساجد و دار الأيتام فاشترى شيئاً للجهة المالكة فى نظر العرف، ففى مثله - ربما يصحّ أن يقال - لا يصحّ ردّ شقص دون شقص.

نعم لو كان القابل واحداً، و المالك المشتري متعدّدًا فى الواقع، يمكن فيه التفصيل بين علم البائع بالحال و جهله، بجواز الردّ فى الأول دون الثانى.

٣ - تبعض الصفقة بتعدّد البائع:

إذا كان المبيع مشتركاً بين شخصين فباعا من شخص واحد فوجد فيه عيباً، فهل يصحّ له ردّ سهم أحدهما، و امساك سهم الآخر أو لا؟

يظهر حكمه ممّا ذكرنا، فإنّ تعدّد العقد فى المقام أوضح من القسم الثانى و علّله الشيخ بعدم توجه أى ضرر على البائع، إذ لم يكن المبيع له فى السابق كلّ، بل كان شريكاً فعاد إلى حاله.

هذا كلّ فى سقوط الردّ، دون الارش و إليك الكلام فى عكسه و هو البحث التالى:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧١

فى سقوط الارش دون الردّ:

إشارة

يسقط الارش دون الردّ فى مواضع ثلاثة:

الموضع الأول: إذا اشترى ربويًا بجنسه فظهر عيب في أحدهما**إشارة**

ففى جواز أخذ الارش و عدمه وجوه:

ألف: عدم جوازه مطلقا

سواء كان من جنس العوضين أم لا.

ب: جوازه مطلقا.**ج: التفصيل بين كونه من جنسهما و من غيرهما**

فلا يجوز فى الأول.

و إليك مباني الأقوال:

دليل القولين: الحرمة و الجواز:

المقصود من الربا فى المقام هو الربا المعاوضى لا الربا القرضى. و حاصله:

أنه لا- يجوز فى معاوضة المتجانسين عرفا أو المحكوم عليه بالتجانس شرعا إذا كانا مكيلين أو موزونين، التفاضل مطلقا إلا إذا كان مثلا بمثل، حتى و لو كان أحدهما صحيحا و الآخر معيبا لا يجوز أخذ الزيادة كالمصوغ من الحلى مع المكسور، و كذا كل موصوف بوصف زائد له مالىة فلا- يجوز بيعه بالآخر إلا مثلا بمثل، فيقول المحقق: «و يستوى فى وجوب التماثل المصوغ و المكسور، و جيد الجوهر و رديء و تضافت الروايات على أن عليا- عليه السلام- يكره أن يستبدل وسقا من تمر خبير بوسقين من تمر المدينة لأن تمر خبير أجودهما» (١).

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٥ من أبواب الربا، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٢

كما تضافر قولهم- عليهم السلام- فى الربويين: و لا يباع (الربويان) إلا مثلا بمثل (١). و على ضوء ذلك فأخذ الارش يستلزم الزيادة فى أحد الطرفين و به استدل العلماء فى التذكرة، و أوضحه الشيخ الأعظم و قال: إن وصف الصحة فى أحد الجنسين كالمعدوم (بقريئة روايات حرمة استبدال التمر الرديء بالتمر الجيد) لا يترتب على فقده، استحقاق عوض، و من المعلوم أن الارش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا، فالعقد على المتجانسين لا يصير سببا لاستحقاق أحدهما على الآخر زائدا على ما يساوى الجنس الآخر، هذا كله حول القول الأول.

أما القول الثاني: فوجهه أن وصف الصحة لا يقابل بشيء من الثمن، فإن الثمن يقسّم على الشيء و أجزائه لا على أوصافه، بل لا يقابل بشيء أصلا و لو من غير الثمن و إنما ثبت في ذمّة البائع و إن لم يختار المشتري، بل الصحة وصف التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع، إلا أن الشارع جوّز للمشتري مع تبين فقده، أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره، و هذه غرامة شرعية حكم لها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع هذا، فإذا كان هذا حال غير الربويين، فيظهر حالهما منه.

يلاحظ عليه: عدم تمامية المبنى من عدم تقسيط الثمن إلّا على الشيء، و أجزائه و عدم تقسيطه على الأوصاف التي توجب غلاء ثمن العين، سواء كانت من أوصاف الصحة أو من أوصاف الكمال. و الاستدلال عليه: بأنه لو قبلت الأوصاف به ثبت الارش في ذمّة البائع

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الربا، الحديث ٤.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٧٣

و إن لم يختار المشتري الارش، غير تام، لما قلنا سابقا من أن الثمن في مقابل الجوهر و الاعراض، و الاجزاء و الصفات، لكن لما لم يكن في فقد الجزء إلّا طريق واحد و هو بطلان المعاملة بمقدار النقص، صارت ذمّة البائع مشغولة بمقداره بالفعل في زمان العقد، و هذا بخلاف فقد الوصف فإنّ هناك طرقا: الردّ من رأس، القبول مع الاغماض من العيب، و القبول مع الارش - فعند ذاك - تكون ذمته مشغولة به، بالقوة و بصورة المقتضى، فلو ردّ، أو قبل بلا أرش فهو، و إلّا يتعين الأرش و يخرج الاشتغال عن القوّة إلى الفعل، و يؤثّر المقتضى أثره بعد فقد المانع.

و على ضوء ذلك، فلو كان أحد الربويين معيبا، فيما أن الشارع ألغى وصف الصحة فيهما و جعله كالمعدوم، كان أخذ الارش بمنزلة أخذ شيء زائد.

و أما الفرق بين كونه من جنسهما أو من غيرهما فليس له أساس صحيح إذ لا شك في أن الزيادة الحكمية في أحد الربويين توجب الربا كما إذا اشترط عملا مع أحدهما فلا تنحصر حرمة الزيادة من جنس العوضين، ففي رواية خالد بن الحجاج «جاء الربا من قبل الشروط» (١) و في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج:

«إنّ الناس لم يختلفوا في النسب أنّه الربا» (٢) هذا حكم الزيادة الحكمية فما ظنك بالزيادة العينية من غير جنسهما.

أما ما ذكره الشيخ في آخر كلامه من أن التصديق يتوقّف على دراسة أمرين، فهو كلام متين فنقول:

١- ما هو حقيقة الارش ففيه احتمالات:

ألف: أنّه غرامة شرعية أو عرفية، و -لذا- لا يجب أن يسترجع عين الثمن

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ١.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١٥ من أبواب الصرف، الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٧٤

و لا يكون من باب شغل الذمّة من حين العقد بل تشتغل به ذمّة البائع حين اختياره، هذا خيرة الشيخ الأعظم و السيد الطباطبائي في تعليقه.

ب: ما ذكره الشهيد الثاني في الروضة: أنّه تشتغل به الذمّة من حين العقد و أنّه بمنزلة العوض و التخيير بين أخذه، و العفو عنه، و ردّ المبيع لا ينافي ثبوته، غايته التخيير بينه و بين أمر آخر فيكون ثابتا ثبوتا تخييريا.

ج: أن يكون اختيار الارش كاشفا عن شغل الذمة من حين العقد فيكون من باب الشرط المتأخر.

د: أن يكون جزء من الثمن حقيقة قد انفسخ العقد بالنسبة إليه لعدم وصف الصحة القابل له.

إذا وقفت على المباني فنقول ربما يقال: إن الربا- عند أخذ الارش- إنما يلزم على غير القول الأول. و أمّا عليه فهو غرامة شرعية أو عرفية أمضاها الشارع فلا صلّه له بالعوضين.

يلاحظ عليه: أن جعله غرامة شرعية ينافى ما هو المرتكز عند العقلاء حيث إنه عبارة عن تفاوت قيمتى الصحيح و المعيب، و معنى ذلك: أن الوصف يقابله جزء من الثمن فيتوصل فى تعيين ذلك الجزء من الثمن، إلى معرفة قيمتى الصحيح و المعيب ليعرف التفاوت بينهما، فيؤخذ من البائع بنسبة ذلك التفاوت. كل ذلك يعرب عن أن الغاية هو معرفة ما هو المقدر الذى وقع من الثمن فى مقابل الوصف حتى يوضع عنه لا أنه غرامة شرعية لأجل أن الرجل لم يف بوعده.

و يؤيده لسان الروايات حيث تكرّر فيها الردّ من الثمن، أو الوضع عنه عند ظهور العيب فى صححة ابن سنان عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: قال على

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٥

- عليه السلام- لا- تردّ التى ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها «١» و فى رواية زرارة عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: كان على ابن الحسين- عليه السلام- لا يردّ التى ليست بحبلى إذا وطأها، و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها «٢» و فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سمعت أبا عبد الله- عليه السلام- ... فوجد بها عيبا لم يردّها و ردّ البائع عليه قيمة العيب «٣» و غير ذلك من الروايات الحاكية عمّا هو المرتكز لدى العقلاء، من أنه ثمن الوصف المتخلف و لما كان الضمان معاوضيا لا ضمان يد، يتوصل إلى معرفته، بمعرفة القيمتين ثم الأخذ بنسبتهما من أصل الثمن.

و أمّا الأقوال الآخر: فالظاهر هو القول الأول على النحو الذى عرفت من كيفية ثبوته فى ذمة البائع بنحو المقتضى لا على نحو الفعلية، للفرق الواضح بين تخلف الجزء و الوصف، حيث إن الاشتغال بقيمة الجزء- لأجل كونه قابلا- للتفكيك عن الأجزاء الآخر- فعلى فيبطل العقد بالنسبة إليه دون الوصف، فيتربص حتى يختاره المشتري فيعود فعليا، و إلى ذلك يرجع القول الثالث من كون اختياره كاشفا عن اشتغاله حين العقد.

فدراسة معنى الأرش أوصلتنا إلى عدم جواز الارش فى الربويين.

٢- ما هو الربا:

و أمّا دراسة الربا فهو عبارة عن كونه زيادة حين العقد و بجعل المتعاقدين، فعلى القول بأن الارش غرامة فالقيدان منتفیان و على الأقوال فالقيد الثانى أى

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

(٢)- المصدر نفسه، الحديث ٥.

(٣)- المصدر نفسه، الحديث ٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٦

«بجعل المتعاقدين» منتف. و بالجملة فهو غير داخل فى العوضين و على فرض دخوله ليس بجعل المتعاقدين.

يلاحظ عليه: أنه إن أريد من كون الارش ليس بجعل المتعاقدين أنه ليس منه بالحمل الأولى، فهو صحيح، حيث إن المتبايعين أقدا على المعاملة من دون تصريح بالمقدار الواقع فى مقابل الذات، و المقدار الواقع فى مقابل الأوصاف، و إن أريد أنه ليس كذلك، بالحمل الشائع فهو ممنوع إذ للمعيب قيمة، و للصحيح قيمة أعلى، فالإقدام على البيع بقيمة أعلى فى غير مورد الربويين أدل دليل على

أنه جعل فى مقابل وصف الصحه جزء من الثمن و إن كان غير معلوم من حيث المقدار و يتوصل فى معرفه المجهول إلى معرفه القيمتين ثم الوضع من الثمن بتفاوت النسبتين.
و على ذلك فلا يصح أن يقال إن الارش ليس بجعل المتعاقدين.
و الحاصل: أنه إذا وقفنا على أن الشارع ألغى وصف الصحه فى الربويين من جانب، و من جانب آخر علمنا أن الارش فى مقابل الوصف المتخلف، فأخذه بأى عنوان كان، يصاد ما هو المعلوم من حاله، من لزوم كون المعامله مثلا بمثل، و عدم اعتبار الوصف.
و بالجملة: إن الغاء الوصف و أخذ الفائض لا يجتمعان.

الموضع الثانى: إذا لم يوجب العيب نقصا فى القيمة:

إذا كان العيب غير موجب لنقص القيامه، فلا موضوع للارش، لأن المفروض أن قيمه المعيب ليس بأقل من قيمه الصحيح كالسجاجيد المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٧
المستعمله قليلا فإن قيمتها فى الغرب ليست بأقل من غيرها، ففيها الرد إن شاء دون الارش.

الموضع الثالث: إذا كان العوضان من النقيدين فظهر العيب فى أحدهما

بعد انقضاء المجلس فعلى القول بأن الارش غرامه لا جزء من العوضين، لا مانع من أخذه بعده سواء كان الارش منهما أو من غيرهما، و أمّا على القول بأنه جزء منهما فاللازم هو التفصيل بين كونه منهما أو من غيرهما فلا يجوز فى الأول دون الثانى لأنه حينئذ يكون البيع ممزوجا من الصرف و غيره و قد حصل القبض بالنسبه إلى ما يلزم فيه التقابض فى المجلس، أعنى: الصرف، اللهم إلا أن يقال: إن الثابت فى الذمه - على الارش - هو النقد الغالب، و غيره عوض عنه لا أنه ارش، و فيه تأمل يظهر ممّا ذكرنا، فى كيفيه ثبوت الارش فى الذمه.

المواضع التى يسقط فيها الرد و الارش:

إشارة

قد تعرفت على المواضع التى يسقط فيها الرد دون الارش، أو العكس، و الآن نبث عن المواضع التى يسقط فيها كلاهما معا. و إليك البيان:

١- العلم بالعيب قبل العقد:

إذا وقف المشتري على العيب قبل العقد يسقط الرد و الارش، بلا خلاف أجده لأنّ اقدامه معه رضا منه به، و ظهور أدله الخيار فى غير الفرض مضافا إلى مفهوم خبر زرارة (١).

(١) - الجواهر ٢٣ / ٢٣٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٨

أقول: إن خيار العيب، ممّا اتفق عليه العقلاء، و هو عندهم يختص بغير صورة العلم، لأنّ العلم به قبل العقد رضا منه به، فليس هنا

أرضية للخيار، حتى يكون العلم به مسقطاً له، أو مسقطاً لأثره من الردّ و الارش، و إن شئت قلت:

العلم مانع من حدوث الخيار أو الجهل به شرط لحدوثه و بذلك يعلم أنّ التعبير بالسقوط توسّع فى التعبير، و الموضوع هو الجاهل بالعيب و عدم الخيار فى مورد العالم أشبه بالسالبة بانتفاء الموضوع.

و أمّا الاستدلال برواية زرارة، أعنى قوله: «أما رجل اشترى شيئاً و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبين له ما حدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثمّ علم بذلك العوار و بذلك الداء، أنّه يمضى عليه البيع» (١) فلا يخلو عن تأمل.

أمّا أولاً: فإنّ الرواية سقت لبيان حكم «من أحدث فيه شيئاً بعد القبض و قبل العلم» و أنّ حكمه «أنّه يمضى عليه البيع» و على ذلك «فتكون الجملة المتقدمة أى «و لم يبين له» مسوقةً لتحقيق الموضوع، و الشرط المحقّق له، يكون خلواً من المفهوم».

و بذلك يعلم الفرق بين قوله: «لم يتبرأ إليه» و قوله: «و لم يبين له» حيث تمسّك الشيخ بالأوّل دون الثانى مع كونهما على مساق واحد، و ذلك لأنّه لم يسق لبيان الموضوع بخلاف الثانى.

و ثانياً: فإنّ ما ذكرناه فى بحث المفاهيم فى مورد القيود، يجرى فى المقام و هو أنّ القيود بلا- استثناء لا- تخلو عن مفهوم إذ لو لا المدخلة لما أتى بها المتكلم، و أمّا أنه لو ارتفعت ارتفع الحكم من رأس، فلا- دليل عليه، لاحتمال قيام قيد مكانه، و عبارة أخرى العلية محرزة و الانحصار غير محرز، و معه لا يحكم عليها

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٧٩

بالمفهوم.

هذا فعلى القول بعدم الخيار، لو اشترط المشتري العالم، ثبوت الخيار و أراد منه خيار العيب بأحكامه فهل يصحّ الشرط أو لا؟ الظاهر لا، لأنّ الشروط كالعهد و النذر ليست بمشرعة فلو كان الخيار مشروعاً فى حقّ الجاهل دون العالم، فلا يمكن تسريته إليه أيضاً و هذا هو القانون السائد فى جميع العناوين الثانوية، فلا يصحّ جعل الطلاق بيد الزوجة عن طريق الشرط و غيره، و على ذلك يكون الشرط فاسداً، و لا يكون مفسداً كما هو الحال فى سائر الشروط الفاسدة، إلّا إذا كان مخلاً بأركان العقد، كما فى موردين:

١- إذا كان على خلاف مقتضى العقد.

٢- إذا كان موجبا للجهل بالعوضين.

و أمّا فى سوى ذلك، فالمشهور و عليه الشيخ الأعظم - كما سيأتى - عدم كون الشرط الفاسد مفسداً.

٢- تبرّى البائع عن العيوب:

مِمّا يسقط به الردّ و الارش تبرّى البائع عن العيوب بأن يقال: بعتك هذا بكلّ عيب، أو أنا برئ من العيوب ظاهرة كانت أو باطنة، معلومة أو غير معلومة.

قال الشيخ فى الخلاف: إذا باع عبداً أو حيواناً أو غيرهما من المتاع، بالبراءة عن العيوب، صحّ البيع و برأ من كلّ عيب ظاهراً كان أو باطناً، علمه أو لم يعلمه و به قال أبو حنيفة، و للشافعى فيه ثلاثة أقوال: أحدها: مثل ما قلناه «ثمّ ذكر قولى الشافعى، و ذكر قوله أيضاً فى الثياب، و نقل رأى ابن أبى ليلى»، ثمّ استدلى على صحّة مذهبه باجماع الفرقة و أخبارهم و عموم «المؤمنون عند

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٠

شروطهم». (١)

إذا عرفت هذا فاعلم أنّه يقع الكلام تارةً فى العيوب الموجودة، و أخرى فى المتجدّدة فى أيام الخيار أمّا الأوّل: فالظاهر عدم الفرق

بين التبرى تفصيلا أو إجمالا غير أن ابن ادريس حكى عن بعض أصحابنا عدم كفاية الثانى، و هو قول الاسكافى «٢». وقال القاضى: «قد ذكرنا فى كتابنا الكامل: أنه إذا تبرأ البائع إلى المشتري من جميع العيوب لم يكن له الردّ و كان ذلك كافيا و مغنيا عن ذكر العيوب على التفصيل و الذى ذكرناه هاهنا من تبين العيب للمشتري و اطلاعه عليه على التفصيل أحوط و هو الذى ينبغى أن يكون العمل عليه» «٣».

و تدلّ على الصّحّة- مضافا إلى انصراف دليل الخيار عن مثله، و أن التبرى من العيوب لا يقصر من العلم به، و عموم «المؤمنون عند شروطهم»- رواية زرارة السابقة «٤»، و خبر جعفر بن عيسى «٥» قال: كتبت إلى أبى الحسن: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلّا نقد الثمن فرّما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوبها و أنه لم يعلم بها، فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة، منها أ يصدّق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدّق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن «٦».

(١)- الخلاف ٣ / ١٢٨ - ١٢٩.

(٢)- المختلف: ١٩٣، الفصل الحادى عشر فى العيوب.

(٣)- المهذب: ١ / ٣٩٢.

(٤)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢ و مرّت ص ٣٦٦.

(٥)- لم يوتق، و روى عنه محمد بن عيسى العبيدى و هو ثقة على الأقوى.

(٦)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨، من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨١

و دلالة الروايتين واضحة و تعرب الثانية عن جريان العادة عليه، و إنّما قدّم قول البائع لأنّ المشتري سلّم أنّه نادى، و لكن ادعى عدم السماع، فادعى خلاف الظاهر، فقدّم قول من يوافق قوله الظاهر. و ربّما يتوهم أنّ التبرى يوجب الغرر، لأنّه إنّما يقدم اعتمادا على قوله بالصّحّة أو سكوته، فإذا صرّح بعدم الضمان للصّحّة، يكون البيع غرريا.

يلاحظ عليه: أنّ الراجع للغرر، ليس تصريحه بالصّحّة أو سكوته، بل هو أصل الصّحّة فى الخلفه و الصنعة و هو بعد حاكم، لأنّ التبرى ليس بمعنى الاخبار عن كونه معيبا، بل بمعنى عدم الضمان لو بان كذلك، و ما هو الراجع فى غير هذا المورد، هو الراجع فى المقام غير أنّه كان عليه الضمان فى صورة عدم التبرى بخلاف المقام، و عليه فالأصل، و مشاهدة نفس المشتري، و اخبار غير البائع و شهادة القرائن على الصّحّة، كلّها رافعة للغرر و لا فرق بين المقام و غيره إلّا رفع الضمان.

و أمّا التبرى عن العيوب المتجدّدة فى أيام الخيار فتوهم كونه من قبيل إسقاط ما لم يجب، قد عرفت النظر فيه، أو كونه من قبيل الاسقاط المعلق، قد عرفت أنّه ليس فى التعليق أى اشكال عقلى و لا- شرعى إلّا إذا ثبت بطلانه شرعا و ما يقال من أنّ التبرى من العيوب المتجدّدة غير متعارف، غير ثابت.

ثمّ إنّ التبرى من العيب لا معنى له فلا بد من صرفه إلى معنى معقول و المعنى الأوّل من المعانى الثلاثة التى ذكرها الشيخ هو الأنسب و هو التبرى من الضمان لقبول الردّ أو دفع الارش، و بالتالى يسقط حقّ الردّ و الارش للمشتري. لا إسقاط الخيار، بجميع آثاره، و على كل تقدير فالساقط هو الضمان، أو الردّ و الارش، و أمّا سائر أحكام الخيار، كالتلف قبل القبض أو فى زمن الخيار فهو باق

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٢

على حاله. اللهم إلاً أن تدلّ قرائن على سقوط الخيار على الاطلاق.

[أمر أخرى عند بعض الأصحاب يسقط فيها الرد و الأرش]

إشارة

ثم إن هنا أموراً يظهر من بعض الأصحاب سقوط الردّ و الارش بها و إليك البيان:

الأول: زوال العيب بعد العقد قبل العلم:

إذا زال العيب الموجود حال العقد قبل العلم به فهناك وجوه و أقوال:

١- سقوط الردّ و الارش و هو خيرة العلامة، و إليه مال السيد الطباطبائي و المحقق الايرواني فى تعليقاتهما.

٢- سقوط الردّ دون الارش و هو مختار الشيخ الأعظم.

٣- عدم سقوطهما كما ذهب إليه السيد الأستاذ- قدس سرّه- و هو الأقوى.

أمّا الأول: فهو الظاهر من كلام العلامة حيث نزل المقام بزوال العيب قبل العقد و من المعلوم أنّ حكم المشبه به هو عدمهما. و

استظهره السيد الأستاذ من كلامه «و سبق العيب لا يوجب خياراً» (١) و سواء أصح الاستظهار أم لا فليس له دليل سوى ادعاء انصراف

دليل الردّ و الارش عن هذه الصورة بحجة أنّ الحكمة لجعلها هو كون الصبر على المعيب ضرراً و هو منتف فى المقام، و الحكم و

إن كان غير دائر مدار الحكمة لكنّها تصلح لأن تكون سبباً لانصراف الدليل عن مورد انتفائه أحياناً.

يلاحظ عليه: أن لا وجه للانصراف بعد إطلاق رواية زرارة و مرسله جميل كما سيوافيك بيانه.

(١)- يحتمل أن يكون الخيار كناية عن حل العقد و امضائه و أمّا الارش فلا صلة له بالخيار.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٣

أمّا الثانى: أعنى: سقوط الردّ دون الارش فمبنى على أنّ موضوع الردّ، هو المعيب و مع انتفاء العيب لا- موضوع له، و لا- يجوز

الاستصحاب لانتفاء الموضوع، و أمّا الارش فيثبت بنفس العقد لأجل فوات وصف الصحة عند العقد فيستصحب حتى يثبت الفراغ.

يلاحظ عليه: أنّه تفكيك غريب مع وحدة الدليل «١» فلو كان الارش قائماً بالعقد، فالردّ أيضاً كذلك و إن كان الردّ قائماً بالمبيع

المعيب فالارش مثله.

و بعبارة أخرى: الموضوع إمّا المتلبس بالعيب فيسقطان، أو العقد على المعيب فيثبتان.

أضف إلى ذلك: أنّه لو سلمنا أنّ موضوع الردّ فى لسان الدليل، هو ردّ المعيب لكنّه لا يكون مانعاً من استصحاب جواز ردّه إذا زال

العيب، لأنّ الميزان فى صحّة الاستصحاب، هو وحدة القضية المشكوكة مع القضية المتيقنة، لا بقاء موضوع الدليل، و يظهر ذلك

بتوضيح مثال: إذا ورد الدليل على أنّ الماء المتغير نجس، ثم زال التغير بنفسه، فموضوع الدليل الاجتهادى و إن كان مرتفعاً لكنّه لا

يمنع عن استصحاب نجاسة الماء، و ذلك لأنّه بعد انطباق الدليل على الماء المتغير، يصير الموضوع، للحكم الجزئى هو ذاك الماء فى

حالة التغير، فلو زال التغير فالموضوع باق و الوحدة بين القضيتين محفوظة، فيقال: كان هذا الماء نجساً، و الأصل بقاؤه. و مثله المقام،

فإنّ الموضوع فى لسان الدليل للردّ، هو المعيب لكن الحكم الكلى إذا انطبق على العين الخارجية يكون الموضوع للحكم الجزئى هو

تلك العين، و المفروض أنّه محفوظ لأنّ زوال العيب، لم يبدله إلى موضوع آخر و قد أوضحنا حاله عند البحث عن الاستصحاب

التعليقى فى علم الأصول.

(١)- صحیحہ زرارة و مرسله جميل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٢ و ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٤

و الظاهر هو الوجه الثالث و ذلك لأنه مضافا إلى أنّ نفس وجود العيب و زواله بعد العقد، يعدّ نقصا فى المعيب، أنه مقتضى اطلاق رواية زرارة الدالة على أنّ الموضوع للردّ و الارش هو أمران:

١- وجود العيب حال العقد.

٢- عدم تبيّنه منه و تبيّنه له. و مقتضاه ثبوتهما مطلقا زال العيب أم لا، و لو كان البقاء شرطا إلى زمان الاعمال كان له التقييد.

و مثلها رواية جميل فقوله: «فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا» و إن كان ظاهرا فى بقاء العيب، لكنّه ظهور بدئى لأنّ الوجدان طريق إلى وجود العيب حال العقد. و إنّ تمام الموضوع هو ذاك.

و حاصل الروايتين، كفاية وجود العيب حال العقد، غير أنّ تصرّف المشتري يوجب سقوط الرد دون الارش و المفروض عدمه.

الثانى: التصرف بعد العلم بالعيب:

إذا تصرّف بعد العلم بالعيب فهل يسقط الرد و الارش كما هو خيرة ابن حمزة «١» أو يفصل بين الرد و الارش فيسقط الأول دون الثانى كما عليه الشيخ الأعظم؟

أقول: قد تقدم فى باب «مسقطات الخيار» أنّ التصرف قبل العلم مسقط للرد دون الارش أنّما الكلام فى التصرف بعد العلم، و من المعلوم أنه ليس الكلام فى مطلق التصرف - كما مرّ توضيحه فى التصرف قبل العلم - بل الكلام فى

(١)- الوسيلة / ٢٥٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٥

موردين:

١- التصرف المغير كما فى مرسله جميل.

٢- ما يعدّ إنشاء فعليا للاسقاط و حاصل ما استدل به ابن حمزة: أنه كاشف عن الرضا بالمبيع بوصف العيب فسقط الردّ. و ما دلّ على الارش مختص بالتصرف قبله فيسقط الارش و تكون النتيجة سقوطهما.

و يرد على الأوّل: أنه لو افترضنا أنه دال على الرضا بالمبيع مع عيبه فليس دالا على أنه راض به مطلقا إذ الرضا به يتصور على وجهين: مجردا عن الارش و معه، و الرضا بالمطلق ليس دليلا على الرضا بالمقيد.

و يرد على الثانى: أنّ تخصيص ما يدل على سقوط الرد دون الارش، بصورة التصرف قبل العلم ليس فى محله، فإنّ مرسله جميل مطلقة، تدلّ على سقوط الردّ مع التصرف دون الارش مطلقا كان التصرف قبل العلم أو بعده، و مثله ما رواه عبد الملك بن عمير عن أبى عبد الله - عليه السلام - «١» حيث قال: لا تردّ التى ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها، و له ارش العيب، و مثله ما رواه محمد بن ميسر، فلاحظ «٢».

هذا مقتضى الصناعة الفقهية و اما السيرة العقلانية فربما لا يعدّرون المتصرف و يجعلون التصرف دليلا على الرضا بالمبيع المعيب بلا ارش - و معه - يشكل الاعتماد على الاطلاقات، و الله العالم.

و بذلك يظهر أنه لو كان التصرف فى نظر العرف إنشاء فعليا لاسقاط

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٦

الارش و قبول المبيع مطلقا، يسقطان قطعا و ليس الكلام فى هذه الصورة و إنما لما جاز النزاع و لأجل ذلك جعلنا التصرف على قسمين، و ركزنا البحث على الأول:

أى: المغير غير الدال على إسقاط الارش.

الثالث: التصرف فى المعيب الذى لم تنقص قيمته بالعيب:

كالعبد الخصى، فإن الارش كان ساقطا لعدم نقصان قيمته فيسقط الرد بالتصرف.

استدل على سقوطهما بأن الصبر على المعيب فى مثله لا يعد ضررا لأن الضرر المالى منتف، و الضرر من حيث القصد إلى خصوصية مفقودة فى العين، مع قطع النظر عن قيمته، قد رضى به المشتري و أقدم عليه بتصرفه فيه.

يلاحظ عليه: أن البحث فيما إذا تصرف قبل العلم بالعيب و إلا فيدخل فى القسم الثانى. و معه كيف يمكن عدّه دليلا على الرضا بالمعيب الفاقد للخصوصية المقصودة.

استدل على عدم سقوط الرد بالتصرف فى المقام بأن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف فيما إذا أمكن أخذ الارش، و إلا فمقتضى القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما فى غير العيب و التدليس من أسباب الخيار.

يلاحظ عليه: أن تخصيص أدلته سقوط الرد بالتصرف بمورد إمكان أخذه، لا وجه له فإن مقتضى اطلاق مرسله جميل سقوط الرد مطلقا سواء أمكن أخذ الارش أو لا. حيث قال: «إن كان الشئ قائما بعينه رده على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو

صنع يرجع بنقصان العيب» فإن الظاهر أن سقوط

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٧

الرد بالتصرف بالقطع، مطلق غير مقيد بثبوت الارش، فإن هنا قضيتين مستقلتين:

احدهما: الرد إذا كان الشئ قائما بعينه، و الأخرى: الرجوع بنقصان العيب إن لم يكن كذلك، فليس مفهوم القضية الأولى مقيدا بمنطوق القضية الثانية، فالظاهر هو سقوط الرد و الارش معا.

الرابع: حدوث العيب فى المعيب الذى لا تنقص قيمته بالعيب:

قد تقدم أن من مسقطات الرد حدوث عيب عند المشتري و هو إما أن يحدث قبل القبض، أو يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع، كخيار المجلس و الحيوان، أو يحدث بعد مضي زمان الخيار و المراد من كون العيب الحادث مانعا عن الرد هو الأخير «١» و على ضوء هذا يكون المراد من حدوث العيب هنا هو هذا القسم إذ من المعلوم عدم كونه مانعا فى القسمين الأولين لضمان البائع المبيع.

و الدليل عليه مرسله جميل لعدم بقاء الشئ بحاله.

و أورد عليه الشيخ بوجوه:

١- أن الصبر على المعيب ضرر على المشتري، فيرده على البائع مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا للنقص.

٢- أن النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالارش.

٣- ليست المسألة إجماعية لمخالفة المفيد فى أصل المسألة أى كون العيب الحادث مانعا من الرد فى غير هذا المورد أيضا.

(١)- المتاجر: قسم الخيارات: ٢٥٧، طبعة تبريز.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٨

٤- استصحاب جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب.

يلاحظ عليه: أن المهم هو الوجه الثانى و هو أيضا غير تام لأن مفهوم قوله:

«إن كان الشئ قائما بعينه رد على صاحبه» غير مقيد بشئ فهو المحكم من غير فرق بين امكان أخذ الارش و عدمه.

و بذلك ظهر ضعف الوجوه الباقية لأن ضرر المشتري معارض بضرر البائع، بالصبر على العيب الحادث خصوصا إذا كان غير موجب

للارش حسب رأى القوم كما فى الصفات الكمالية مثل نسيان الكتابة.

و ليس الدليل منحصرا بالاجماع حتى يחדش بمخالفة المفيد، و لا موضوع للاستصحاب مع وجود الدليل الاجتهادى. فالسقوط ردًا و

أرشا هو الأقوى و عليه سيرة العقلاء.

الخامس: إذا حدث العيب أو تصرف فى المعيب الذى لا يجوز أخذ الارش فيه لأجل الربا:

إشارة

أمّا الأول: فيجربى فيه ما ذكرناه فى حدوث العيب فى المعيب الذى لا تنقص قيمته، فقلنا: إن المحكم هو مرسله جميل الدالة على

سقوط الرد لأجل عدم بقاء العين بحالها. و أمّا الثانى: فقد عرفت ان المسقط ليس إلا المغير للعين و أمّا غيره فلا، اللهم إلا أن يكون

العمل إنشاء فعليا فى الرضا بالمعيب بلا أرش فيكون مسقطا للرد، و يكون الارش ساقطا بمعنى عدم الموضوع له بعد الرضا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٨٩

الاستدلال على عدم جواز الرد:

استدل العلماء على عدم جواز الرد باستلزامه الربا، و ظاهر كلامه استلزامه الربا فى الفسخ لقوله: «لأن المردود حينئذ يزيد على وزن

عوضه» و مع هذا احتمل الشيخ الأعظم فى كلامه وجهين:

أحدهما: أنه يستلزم الربا فى أصل المعاوضة، و الآخر استلزامه فى الفسخ، و أوضح الوجه الأول بكلام لا يخلو عن تعقيد و حاصله: أن

الرد مع الارش للعيب الحادث، يكشف عن أن وصف الصحة مضمون فى الربويات كغيرها و إنما فلا وجه لضمان العيب الحادث

المزيل لوصف الصحة، فلو كان وصف الصحة مضمونا يلزم زيادة المثمن على الثمن فى أصل المعاملة من حيث المقدار، لأنه إذا وقع

بعض الثمن فى مقابل وصف الصحة للمثمن، يكون الباقي فى مقابل المثمن و هو أقل وزنا بالنسبة إلى المثمن لخروج بعضه عن كونه

واقعا فى مقابله بوقوعه فى مقابل وصف الصحة.

و أمّا لزومه عند الفسخ فلو فرضنا أنه لم يقابل وصف الصحة بشئ عند المعاوضة لكنه إذا ضم إلى المثمن شئ عند الفسخ و هو

الارش يلزم زيادة أحد العوضين على الآخر.

يلاحظ عليه أولا: أن ظاهر كلام العلماء- قدس سره- لزوم الربا فى الفسخ لا فى أصل المعاوضة لقوله: «لأن المردود حينئذ يزيد على

وزن عوضه» فاحتمال لزومه في أصل المعاوضة مرجوح لا يصار إليه.

و ثانيا: أنا نختار كلاً من الشقين و نجيب عن الاشكال، و نقدّم الشق الثاني

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٩٠

في البحث فنقول.

أما الشق الثاني: أي عدم لزومه في الفسخ، فلاّنه إنّما يلزم لو كان الفسخ معاوضة جديدة بين المتجانسين و احداثا لملكية جديدة لكل من المتعاملين متغايرة لما كانت قبل المعاوضة فلو كان كذلك تلزم الزيادة و لان المفروض كونهما متجانسين إّما موزونين، أو مكيلين.

و أما لو كان الفسخ هو حلّ العقد، و جعله كأن لم يكن فكما أنّه لو لم يكن هناك أيّ عقد و معاوضة كان الجنسان باقيين على ملك مالكما الأوّل فهكذا إذا حلّ العقد و فسخ فيكون مثل ما لم يكن. و توهم أنّ تفسير الفسخ بهذا المعنى، يستلزم إعادة المعدوم بعينه و هي محال، مدفوع بأنّها محال في التكوين دون الاعتبار، فلا اشكال في الحكم بالاعادة إذا ترتّب عليه أثر، فإذا كان كذلك و رجع كل شيء إلى حاله السابق يجب على المشتري الارش لما تلف تحت يده من وصف الصحّة مثل ما لو تلف تحت يده مال الغير. و هذا الضمان ليس ضمانا معاوضيا بل ضمان يد فلا تشمله أدلّة حرمة الزيادة في المعاوضة.

فإن قلت: إنّ مجرى ضمان اليد، تلف مال الغير بعينه أو وصفه تحت يده، كالمقبوض بالسوم فيضمنه القابض وصفه و عينه بخلاف المقام فإنّ المفروض أنّه تلف وصف الصحّة، و العين ملك للمشتري لا للبائع فقياس المقام بالمقبوض بالسوم قياس مع الفارق. قلت: إنّ ظرف التلف يبين ظرف الحكم بالضمان، فإنّ التلف و إن كان في ملك المشتري، لكن الحكم به إنّما هو بعد الفسخ، و التلف و إن لم يكن له أثر حدوثا لكن يترتب عليه الأثر بقاء إلى بعد الفسخ، و لما كان مقتضى الفسخ عود المبيع إلى البائع على ما هو عليه من الأوصاف فلا محيص عن الحكم بالضمان عند

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٩١

العود أو بعده، لما تلف في يده من غير فرق بين تعلّقه بالوصف أو بالعين، و لأجل ذلك لو فسخ و العين تالفه يحكم بالضمان و لا يعتد بالقول بأنّها تلفت و هي في ملكه. و مثله ما لو فسخ و الصحّة تالفه.

هذا كلّ حول الشق الثاني أي: تصوّر الربا عند الفسخ، و أمّا الشق الأوّل أي: القول باستلزامه الربا في أصل المعاوضة، على التقرير الذي عرفته من الشيخ فهو غريب جدا.

لأنّه يكفي في صحّة المعاوضة كون وصف الصحّة غير مقابل بشيء من الثمن، بل كان الثمن في مقابل ذات العين لا هي مع وصف الصحّة. و لكن لما كان الصبر على المعيب بالعيب القديم ضررا على المشتري، و كان إلزام البائع بقبوله بلا أرش ضرر عليه، فلا جرم يحكم بجواز الرد مع الارش أخذا بقاعدة العدل و الانصاف فالحكم بالارش ليس لأجل ضمان وصف الصحّة حين المعاوضة بل لأجل تدارك الضرر المتوجّه على البائع، و على ذلك فلا مانع من الرد مع الارش.

ثمّ إنّ نقل عن جماعة من الأصحاب وجه آخر لتدارك الضرر و هو فسخ البيع و فرض المبيع تالفا لامتناع ردّه أما الارش فلاستلزامه الربا، و أمّا بدونه لاستلزامه الضرر، فيدفع مكانه من جنسه معيبا بالعيب السابق و سليما عن الجديد.

يلاحظ عليه: أنّه كيف يحكم عليه بامتناع الرد، مع أنّه لا مانع من الرد بلا أرش، و استلزامه الضرر على البائع لا يجعله من أقسام ممتنع الرد. كالمغروق في الماء فالظاهر أنّه لا مانع من الردّ مع الارش بلا لزوم الربا مطلقا في أصل المعاوضة و لا في الفسخ.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٣٩٢

السادس: تأخير الأخذ بمقتضى الخيار:

قد استظهر الشيخ الأعظم من عبارة الغنية سقوط الرد و الارش فيما إذا أحر المشتري الأخذ بمقتضى الخيار، و هذا مبنى على كون الخيار فورياً. و نقل عن المبسوط و الوسيلة سقوط الرد دون الارش و ربّما يحتمل أن تكون عبارة الغنية ناظرة إلى هذا القسم. و صريح الحدائق و محكى الكفاية، بقاء الخيار، و قال الأول: المعروف من مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف: أنه إذا علم بالعيب و لم يرد لم يبطل خياره، و لو تناولت المدّة. و جعله فى التذكرة أقرب «١».

وجه الأول: «أن التأخير دليل الرضا»، لكنّه غير تام صغرى و كبرى، أمّا الصغرى فلأعمية التأخير عن الرضا و ربّما يكون التأخير لأجل التدبّر فى عاقبة الأمر و تشخيص المصلحة و لو فرض كونه كاشفا عنه فهو لا يوجب سقوط الارش إلّا إذا اقترن بالانشاء الفعلى أو القولى، كما هو الحال فى الإبراء.

وجه الثانى: كونه مقتضى أصالة اللزوم فى العقود. خرج عنه حال العثور على العيب.

يلاحظ عليه: أنه إنّما يرجع إلى عموم العام إذا لم يكن للمخصّص اطلاق، و المفروض فى المقام وجود الاطلاق فيه، فقد جاء فى روايتى زرارة و مرسله جميل، قوله: «إن كان الشىء قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن»، و ما أفاده الشيخ من كون الروايتين فى بيان أصل الخيار فى غير محلّه، لأنهما متعزّضتان لحكم الرد، و الارش فى موضع عدم الرد، فكيف يصح أن يقال إنّه فى مقام الاجمال، بل الظاهر

(١) - الحدائق، ج ٩ ص ١١٧.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٣

أن كونه قائما بحاله تمام الموضوع للرد و الارش.

هل يجب اعلام العيب:

إذا باع شيئاً فيه عيب فهل يجب عليه الاعلام؟ فلو لم يبيّن فعل فعلاً محظوراً كما عليه الشيخ الطوسى فى المقام. أو لا يجب كما عليه المحقّق فى الشرائع، أو يفصل بين العيوب الظاهرة و الخفية أو بين التبرّى و غيره، إلى غير ذلك من الأقوال. قال الشيخ: فى الخلاف: من باع شيئاً و به عيب لم يبيّنه فعل فعلاً محظوراً «١».

و قال المحقّق: إذا أراد بيع المعيب، فالأولى إعلام المشتري بالعيب، أو التبرّى من العيوب مفصلة. لا شك أن مقتضى المروءة هو بيان العيوب الخفية بل الظاهرة إذا كان المشتري غير عارف بالعيب. إنّما الكلام فى وجوب البيان، أو حرمة الكتمان مطلقاً أو فى صورة كونه خفياً، أو عدم التبرّى و ليس هنا دليل صالح لاثبات الوجوب، أو تحريم الترك، سوى كونه غشاً، لكن الغش خلاف النصح، و هو أمر وجودى لا يصدق إلّا إذا صدر من المكلف أمر يوجب ستر الحقيقة، كما إذا مزج اللبن بالماء أو الحنطة به، و أمّا إذا لم يصدر منه شىء و إنّما عرضه على ما هو عليه، ساكتاً عن بيان العيب، فلا يعد غشاً.

نعم ربّما يقال: إن كتمان العيب الخفى غش لأنّ اطلاق العقد منصرف إلى السلامة لكنّه غير تام لأنّ الانصراف ليس كالتصريح بالسلامة، فغاية الانصراف ثبوت الخيار عند ظهور الخلاف.

(١) - الخلاف: ٣ / ١٢٥، المسألة ٢١١ من أحكام البيوع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٤

فى أحكام اختلاف المتبايعين

إشارة

إذا اختلف المتبايعان يقع الكلام تارة فى نفس الخيار، و أخرى فى موجهه، و ثالثه فى مسقطه، و رابعة فى إعماله بالفسخ، و قبل الخوض فى المقصود نأتى بما ألمعنا إليه سابقا و هو تعيين ما هو المعتمد فى تشخيص المدعى عن المنكر، فنقول: إن الفقهاء - رضوان الله عليهم - ذكروا ضوابط لتشخيصهما و قالوا: المدعى: من لو ترك ترك، أو سكت يسكت الأمر، أو هو من بصدد إثبات قضية.

أقول: إن المدعى و المدعى عليه الوارد فى النص «١» من الموضوعات العرفية التى لا مناص فى التعرف عليها من الرجوع إلى العرف و الاعتماد على تشخيصه، فمن حكم عليه العرف بأنه مدع و الآخر منكر، يؤخذ به كما أنه لو حكم بكون كل واحد مدعى يلحق بباب المتداعيين، فالأولى للقاضى الاستمداد من العرف فى تشخيصهما.

ثم إنه ربما يجعل موافقة الأصل ميزانا لتشخيص المنكر عن المدعى، فلو أريد من الأصل هو أصالة البراءة أو أصالة الصحة، و أصالة اللزوم فهو يتحد مع الضابطة السابقة، و أما لو أريد الأعم منها و مطابقتها السابقة فربما يتفارقان، و يكون المنكر حسب مطابقتها قوله الأصل مدعى فى نظر العرف، كما سيوافيك بيانه فى الفروع الآتية، فالصدق العرفى مقدم على الأصل عند التعارض، فالأولى للفقهاء هو جعل العرف مرجعا سواء أوافق قول المنكر الأصل الحاكم فى المسألة أو لا.

(١) - الوسائل ج ١٨، الباب ٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٥

فإن قلت: فما فائدة الأصل الجارى فى المسألة، مع كونه هو الحجج فلو كانت العين فى يد زيد، و ادعاها عمرو، يحكم لزيد حتى يثبت خلافه.

قلت: الأصل هو المحكم فى المسألة قبل طرح الخصومة، و ليس هو الفاصل لها، بل الفاصل لها هو بينه المدعى أو يمين المنكر فأثر الأصل هو ترتيب الأثر عليه فى غير مورد الخصومة، و أما إذا انتهى الأمر إليها، فلا أثر له، بل يقدم قول المنكر سواء أ كان قوله موافقا للأصل أم مخالفا و لا تجديه موافقة الأصل إلا إذا كان ملازما لكونه منكرا فيتوجه عليه اليمين فتكون الموافقة مع الأصل، كالحجر فى جنب الانسان، نعم لو انصرف المدعى عن طرح الخصومة، يحكم بكون العين له، أخذا بمفاد الأصل. إذا عرفت ذلك فيقع الكلام فى مقامات أربع:

المقام الأول: الاختلاف فى الخيار:

لو اختلفا فى وجود الخيار و عدمه فالقول، قول المنكر بيمينه، لأن الآخر يدعى أمرا جديدا ينكره الآخر، و طبع العقد و العهد هو اللزوم، فادعاء الخيار ادعاء أمر جديد فلو ترك، ترك بخلاف القائل باللزوم فإن قوله موافق لطبع العقد، فلو سكت، لم يسكت عنه. و أميا تقديم قول المنكر لمطابقتها قوله الأصل أى أصالة عدم الخيار، فهو مثبت لأن المتيقن هو عدم الخيار مع انتفاء الموضوع، و المقصود هو عدم الخيار مع وجود الموضوع و استصحاب السالبة بانتفاء الموضوع لغاية إثبات السالبة بانتفاء المحمول من الأصول المثبتة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٦

المقام الثانى: الاختلاف فى موجب الخيار:

إشارة

إن الاختلاف فى موجب الخيار على أقسام ستة نشير إليها:

الأول: لو اختلفا فى تعيب المبيع

مع كون المبيع مسبوqa بالصحة أو مجهول الحال، و تعدرت ملاحظته لتلف أو نحوه، فالقول قول منكره يمينه، لأن التعيب على خلاف طبع المبيع، فادعاء العيب شىء جديد يحتاج إلى دليل.

الثانى: إذا كان المبيع مسبوqa بالعيب، و ادعى البائع عدمه حين العقد

، فبما أنه يسلم وجوده قبل العقد فيدعى زواله يكون مدعىا و المشتري منكرًا عرفًا و إن لم ينطبق عليه التعريف المذكور: من لو ترك ترك، و أمّا جعل المشتري منكرًا لمطابقة قوله الأصل فهو منظور فيه لأن استصحاب بقاء العيب لا يثبت وقوع العقد على المبيع الذى هو الموضوع للخيار.

الثالث: لو اختلفا فى كون شىء عيبًا و تعدر تبين الحال

لفقدان أهل الخبرة فلا شك أن البائع منكر و المشتري مدع فى نظر العرف، و لذا لو ترك ترك، و أمّا الاعتماد فى جعل البائع منكرًا على الأصلين، أعنى:

أ: أصالة عدم كون الحيوان معيبًا.

ب: أصالة عدم كون الشىء الموجود عيبًا.

فمنظور فيه، لأن الأول مثبت لأن عدم كونه معيبًا لا يثبت عدم كون الشىء المتنازع فيه عيبًا إلا بالملازمة العقلية.

كما أن الأصل الثانى أيضا مثبت، لأنه لم يكن عيبًا عند عدم وجوده، فإذا المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٧

وجد يشك فى اتصافه بالعيب، فاستصحاب مثله من الأصول المثبتة أى استصحاب عدم المحمول فى ظرف عدم وجود الموضوع و اثبات عدمه مع وجود الموضوع.

فالأولى طرح تلك الأصول و الاعتماد على تشخيص العرف.

الرابع: لو اتفقا على كونه عيبًا و اختلفا فى كونه موجبًا للنقص أو لا،

كان له الرد لاتفاقهما عليه، و أمّا الارش فعلى مدعىه أى المشتري البيئه، فيؤخذ بقول المنكر مع يمينه.

الخامس: لو اختلفا فى حدوث العيب فى ضمان البائع أو تأخره عن ذلك**إشارة**

كحدوئه بعد القبض و انقضاء الخيار، فأنه لو حدث قبل العقد، أو بعده، و قبل القبض أو بعده، و قبل انقضاء الخيار، فالضمان، على البائع، كما أنه لو حدث بعد الأخير، فليس عليه شيء و على ذلك فالمشترى هو المدعى و البائع هو المنكر.

هذا إذا كان المعتمد هو العرف، و أما إذا كان الميزان هو التطابق مع الأصل و عدمه فيحتاج إلى مزيد بيان:

ألف: إذا اختلفا فى حدوث العيب قبل العقد و عدمه، فالأصل الجارى المؤيد لقول البائع، هو أصالة عدم كون المبيع معيبا إلى زمان العقد، و هو و إن كان أصلا أصيلا لكنّه لا يثبت موضوع الدليل الاجتهادى لأنّ اللزوم من آثار العقد على المبيع الصحيح، أو المبيع غير المعيب بنحو الوصف و التقييد، و كونه صحيحا إلى ذلك الأوان، يلزم وقوع العقد على الصحيح أو غير المعيب.

فإن قلت: إنّ الباقي تحت العام هو نفس المبيع لا المبيع الصحيح أو المبيع المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٨

غير المعيب و إنّما خرج «ما به عيب و عوار و لم يتبرأ إليه و لم يبين له» (١) فاللزم أنّما هو نفى عنوان المخصّص بالأصل و هو به كافل، لا اثبات عنوان آخر كالمبيع الصحيح أو غير المعيب، كما هو الحال فى المرأة المتردّده بين كونها قرشيّه و عدمها فيكفى فى الدخول تحت العام، نفى كونها قرشيّه و لا يتوقف على اثبات كونها غير قرشيّه.

قلت: إنّ الموضوع حسب الإرادة الاستعماليه و إن كان هو المبيع، لكنّه حسب الإراده الجديّه مقيدة بغير عنوان المخصص، و معنون به فيكون الموضوع:

العقد المتعلّق بغير المعيب و هو بنحو التقييد غير محرز، و هذا هو الحال أيضا فى المرأة المرده بين القرشيّه و عدمها، فإنّ الباقي تحت العام هو: المرأة غير القرشيّه ترى الدم إلى خمسين لا مطلق المرأة و إن كان الموضوع حسب الإرادة الاستعماليه هو نفس المرأة.

ب: إذا اختلفا فى حدوث العيب بعد العقد، و قبل القبض أو بعد القبض و قبل انقضاء الخيار و عدمه، و اتفقا على وقوع العقد على الصحيح فالضابطان متوافقتان، لأنّ البائع منكر عرفا و قوله مطابق للأصل غير المثبت، و هو عدم حدوث العيب بعد العقد، إلى انقضاء خيار المشتري، فإنّ الموضوع لعدم الضمان هو العقد على الصحيح غير المعيب إلى انقضاء الخيار، فهو يستصحب بهذا الوصف، لأنّه عقد عليه و هو صحيح و لم يطرأ عليه عيب فيحكم بالبقاء إلى زمان الانقضاء.

و أما إذا لم تعلم الحالة السابقه يكون الأصل الجارى و هو أصالة عدم

(١)- الوسائل: ج ١٢ الباب ١٦، من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٣٩٩

حدوث العيب إلى زمان القبض أو زمان الانقضاء، مثبتا بالنسبة إلى موضوع اللزوم و هو العقد على المبيع الصحيح غير المعيب إلى زمان الانقضاء إذ هو بهذا العنوان لم يكن متحققا حتى يستصحب.

هذا كلّه إذا لم يدّع البائع شيئا و إلّا فلو ادّعى حدوئه بعد الانقضاء يكونان متداعيين، لأنّ كلّا منهما يدعى موضوعا ذا أثر شرعى، و لا يثبت بالأصل تأخر العيب كما هو مدّعى البائع، غاية الأمر يثبت عدم موضوع للخيار لكنّه غير مدّعى البائع أعنى تأخر العيب.

و لعلّ المروى عن ابن الجنيّد من «أنه إذا ادّعى البائع حدوث العيب عند المشتري، حلف المشتري إن كان منكرا»، لأجل كون البائع مدّعا عندئذ و إن وجّهه الشيخ الأعظم بوجه آخر و هو تقديم قوله: لأجل أصالة عدم تسليم البائع العين إلى المشتري على الوجه المقصود، أو أصالة عدم استحقاقه الثمن كلّا، أو أصالة عدم لزوم العقد، نظير ما إذا ادّعى البائع تغيير العين عند المشتري، مع إنكار المشتري له.

يلاحظ عليه: أنّ هذه الأصول- مضافا إلى عدم معهوديّتها فى زمن ابن الجنيّد- كلّها أصول مثبتة، و الحالة السابقه هو العدم المحمولى الذى يجتمع مع عدم الموضوع، و الحالة المشكوكه هى العدم الرابط، الذى لا ينفك عن وجود الموضوع، مثلا أنّ المتيقن من عدم

تسليم البائع هو عدم تسليمه لأجل عدم وجود العقد و البيع، بل لعدم وجود البائع و المشتري، و بقاء ذلك عدم المحمولى بعد تحقق أصل التسليم يستلزم بقاءه فى ضمن عدم الرابط و هو التسليم على غير الوجه المقصود و هو مثبت. و مثله الأصل الثانى: لأن المتيقن عدم استحقاقه للثمن كلا لأجل عدم المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠٠

العقد، و عدم الاستحقاق من رأس و عدم تعنون كل ذات من الثمن و المثلن بهما، ففى هذا الظرف لم يكن البائع مستحقا للثمن كله، و المقصود هو ابقاء ذلك عدم بعد العقد و تعنون كل منهما بالثمنية و المثلنية و ثبوت أصل الاستحقاق. و مثله الأصل الثالث، فإن عدم اللزوم لأجل عدم الموضوع، و هو العقد و المقصود فى النهاية هو عدم اللزوم بعد تحقق الموضوع. ثم إن النزاع فى التقدّم و التأخر إنما يسمع إذا لم تكن هناك قرينة حالية دالة على تعيين عروض العيب و إلا فيتبع بلا شك. ثم إن المنقول عن العلامة فى التذكرة: «إنه لو أقام كل من المنكر و المدعى بينة عمل بها، و لو أقاما بينة يعمل بينة المدعى» و لكن العمل بينة المنكر مبنى على سقوط اليمين عنه بها، و هو مورد اختلاف، و أما الثانى فهو موافق للقاعدة لأن البينة حق المدعى، كما أن اليمين حق المنكر، فلا تقاوم بينته بينة المدعى، و العجب أن السيد الأستاذ - قدس سره - حمل كلام العلامة على تقديم بينة المنكر على بينة المدعى «١» ثم استشكل عليه و هو غير ظاهر من عبارة العلامة، فلاحظ.

كيفية حلف المنكر:

إن المتبادر من قوله: «البينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه» هو لزوم وحدة مصب الدعوى و ردّها فلو ادعى عليه شىء، و حلف على شىء آخر ربّما

(١) - المتاجر: ٩٤/٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠١

يجامع الدعوى، لا يكون الحلف فاصلا للخصومة، و الحلف الفاصل هو ما يكون قاطعا للدعوى و رافضا لها و تترتب على ذلك أمور: ١- إذا كان البائع واقفا على حال المبيع، فادعى عليه حدوث العيب قبل البيع، يجب عليه الحلف البتة على عدم التقدم، نعم ليس له إلا انكار التقدم لا ادعاء تأخره عن العقد و إلا ينقلب مدعىا و يكونان متداعيين. ثم إنه إذا كان منكرا ليس له الحلف إلا على نفى التقدم، و أمّا الحلف على نفى استحقاق الرد و الارش كما عن الشيخ الأعظم فموضع تأمل، لأنه ليس رداً للدعوى و إنما هو لازم نفى الدعوى. اللهم إلا أن يكون اللازم و الملزوم فى نظر العرف ممّا اختلف لفظه، و اتحد معناه.

٢- أمّا إذا لم يكن واقفا على حال المبيع، فهناك احتمالات:

أ- الحلف على نفى العلم.

ب- الحلف القطعى استنادا إلى الأصل كأصالة عدم التقدم، أو أصالة السلامة.

ج- ردّ الحلف على المدعى.

د- القضاء بمجرد النكول من دون ردّ الحلف الى المدعى.

و الأول كما ترى، لأن الدعوى هو وجود العيب قبل العقد، فلا ينفى إلا بالحلف على عدم وجوده قبل العقد لا على نفى العلم، فإنه يجتمع مع أصل الدعوى، و الحلف الفاصل هو ما يكون رداً للدعوى لا جامعا معها.

و أما الثانى: فمثل الأول، لأن المدعى يدعى وجود العيب واقعا قبل العقد، و الحلف استنادا إلى الأصل ينفى العيب ظاهرا لا واقعا، فلا يكون ردًا لقول

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠٢

المدعى و بالتالى لا يكون فاصلا للخصومة. و الثالث هو المتعين، و الرابع خلاف الاحتياط.

نعم لو ادعى المشتري علم البائع بالعيب، فله أن يحلف على عدم علمه و هو خارج عن البحث.

٣- إن الحلف القطعى يتوقف على العلم الوجدانى أو الطرق الشرعية إلى الواقع، و أمّا الاستناد إلى الأصول التى ليست طريقا إلى الواقع فلا- يصح أن تكون سندا للحلف لما عرفت من أنه يجب أن يكون ردًا لدعوى المدعى، و الحلف المبني على مفاد الأصل لا يكون ردًا لها، بل ربّما يكون جامعا معها.

السادس: لو رد سلعة فأنكر البائع أنها سلعته فله صورتان

إشارة

لأن الاختلاف فيها تارة يكون مع الاختلاف فى أصل الخيار، و أخرى مع الاتفاق عليه. و إليك حكم كليهما:

الأولى: إذا اختلفا فى السلعة مع الاختلاف فى أصل الخيار،

فعلى ما ذكرنا من أن المرجع فى التشخيص هو العرف، فالقول قول البائع مع يمينه، بشرط أن يقف على حد الإنكار، و لا يتعدى عنه إلى ادعاء أن سلعته ذاك مثلا و إلّا فيصيران متداعيين. و أمّا دعم قول البائع بالأصول التالية:

١- عدم كونها سلعته. ٢- أصالة عدم تعلق العقد بها. ٣- أصالة عدم وقوع هذه السلعة الشخصية موردا للبيع. ٤- أصالة عدم حق للمشتري على البائع.

٥- أصالة عدم الخيار له.

فالكل أصول غير أصلية، و ذلك لأن مرجع النزاع فى كونها سلعته أو لا، هو

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠٣

وقوعها مثمنا عند إجراء العقد و عدمه و المتيقن منها هو العدم المحمولى أى لم يكن عقدا. و لم تكن هذه سلعته، و المقصود إبقاؤها بنحو العدم الرابطة أى أنه باع و لم يكن هذا الشيء سلعته، و هو بهذا المعنى فاقد للحالة السابقة.

و منه يظهر الحال فى الثانى أى أصالة عدم تعلق العقد بها فإنّ المتيقن عدم كونها متعلّقا للعقد باعتبار عدمه و المقصود اثبات صدور العقد مع عدم كونها متعلّقة له، و هى بهذا المعنى فاقدة للحالة السابقة، و منه يظهر حال الأصل الثالث و لا نطيل الكلام بتوضيحه.

و أمّا الرابع فالمراد من الحق، هو الخيار، و لم يكن للمشتري حق باعتبار عدم الموضوع له أعنى العقد و المقصود فعلا- عدمه بعد تحقّق الموضوع و صدور العقد من الطرفين و به يظهر حال الخامس فتدبر.

و الشيخ الأعظم هو المعلم الأول لتمييز الزائف من الأصول عن الصحيح و لكنّه- قدس سرّه- قد اعتمد عليها.

الثانية: إذا اختلفا فى السلعة مع الاتفاق على الخيار،

أما الخيار فلا يتوقف أعماله على شيء فى غير خيار العيب فإن التلف لا يستلزم سقوطه، و أما خيار العيب فإن التلف و إن كان مسقطا له إلا أنه لم يثبت التلف، نعم يتوقف ترتيب الأثر عليه، على ثبوت عدمه، و أما مسألة السلعة فالمختار فى هذه الصورة هو المختار فى الصورة الأولى حرفا بحرف.

نعم نقل عن الفخر تقديم قول المشتري فى جانب السلعة لأنه بعد الاتفاق على الخيار، يكون الاختلاف فى موضعين: «الأول»: خيانة المشتري فيدعيها

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠٤

البائع بتغير السلعة و المشتري ينكرها، «الثانى»: سقوط حق الخيار الثابت للمشتري (بالتلف) فالبائع يدعيه و المشتري ينكره. و أورد الشيخ على الأول، بأنه لو قدم قول المشتري لأجل أصالة الصحة الدالة على عدم الخيانة يلزم تقديم قوله فى الصورة الأولى أيضا، إذ فى انكار البائع فيها أيضا ادعاء خيانة على المشتري. و أورد على الثانى بأنه إنما ينفذ فى خيار العيب الساقط بالتلف لأنه قائم بالعين دون سائر الخيارات القائمة بالعقد على أن أصالة عدم سقوط الخيار، لا يثبت إلا ثبوت الخيار لا وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما.

و يمكن أن يورد عليه أيضا: إن انكار السلعة إنما يكون ملازما لادعاء الخيانة إذا سلم البائع أنها سلعته، و ادعى أنها تغيرت عند المشتري و هذا بخلاف ما إذا اتهمه بالاشتباه و أنها ليست سلعته من رأس.

و بذلك يظهر النظر فى الوجه الثانى، فإن إنكار السلعة إنما يكون ملازما لسقوط الخيار، إذا ادعى أنها تغيرت عند المشتري، لا ما إذا أنكر كونها سلعته من رأس فإنه لا يلزم سقوط الخيار.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٠٥

المقام الثالث: الاختلاف فى المسقط:

إشارة

إذا اختلفا فى مسقط الخيار فله صور:

١- [الصورة الأولى: لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه]

لو اختلفا فى علم المشتري بالعيب و عدمه يقدم قول منكر العلم- و هو المشتري- بيمينه لأنه المنكر عرفا. و ذهب السيد الطباطبائى إلى تقديمه من باب قاعدة المقتضى و المانع إذا كان مسبوقا بالجهل و قال: العلم مانع و بأصالة عدمه يعمل المقتضى عمله، كما لو شك فى المسقط بعد ثبوت الخيار حيث يبنى على عدمه أو شك فى الحدث عند اشتغاله بالوضوء، هذا إذا كان مسبوقا بالجهل، و أما إذا كان عالما بالعلم و شك فى زوال علمه حين العقد و عدمه فالأصل بقاءه و لا خيار «١».

و أورد عليه سيدنا الأستاذ- قدس سره- فإنه إنما يتم لو كان ترتب المقتضى (بالفتح) على المقتضى شرعيا كما إذا قال: أكرم العالم غير الفاسق، فلو أحرز العلم بالوجدان، و عدم اتصافه بالفسق، يحكم بوجود الأكرام لأن ترتب وجوبه على الموضوع (العالم) شرعى بخلاف المقام، فإن المقتضى و المانع و إن كان شرعيين لكن الحكم بالمقتضى عند وجود المقتضى عقلى «٢».

يلاحظ عليه: أن الفرق بين المثال و الممثل غير واضح و الظاهر اكتمال الأركان فإن المقتضى و المانع شرعيان، بمعنى أن الشارع جعل العيب الواقعى مقتضيا، و جعل علم المشتري مانعا عن تأثيره- حسب رواية زرارة الماضية-

(١) - التعليق: ٩٤ / ٢.

(٢) - المتاجر، قسم الخيار: ١٠٥ / ٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٠٦

و جعل الخيار، أثرا لهذا المقتضى، و رتبته عليه في لسان الدليل و قال: «أيما رجل اشترى شيئا و به عيب و عوار، لم يتبرأ إليه و لم يبين له...» فإنه قوله: «و لم يبين له» كناية عن عدم علمه بالعيب، لأنه هو الطريق الغالب للعلم و لأجل ذلك ذكره بالخصوص «١».

تبريزي، جعفر سبحاني، المختار في أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار في أحكام الخيار؛ ص: ٤٠٦

٢- [الصورة الثانية: لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده]

لو اختلفا في زواله قبل علم المشتري أو بعده بناء على أن الزوال قبل العلم، يسقط الارش و الرد و بعده لا يسقط، و إلا لا أثر للنزاع و يحكم بالخيار بلا- حاجة إلى فصل الخصومة، و بما أن الميزان لتشخيص المدعى عن المنكر هو مصب الدعوى لا ما يترتب عليه (أعنى: الخيار) يقدم قول المشتري، لأن البائع يدعى زواله قبل علمه بالعيب و المشتري ينكره، نعم لو ادعى المشتري زواله بعد علمه بالعيب يكون مدعى و يدخل في باب التداعي. و لو كان الميزان هو ما يترتب عليه كان البائع هو المنكر، لأنه ينكر الخيار و المشتري يثبت، و قد عرفت الحق. و بما ذكرنا ظهر الخلط في كلام الشيخ، حيث خلط المقام بمسألة التداعي حيث قال:

«ففي تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقاءه و عدم زواله المسقط للخيار، أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار...».

يلاحظ عليه بأمرين:

الأول: أن الكلام مركّز على إنكار المشتري، لا على ادعائه بقاء العيب إلى زمان علمه و زواله بعده و إلا فيصير مدعى. الثاني: أن الميزان في التشخيص هو مصب الدعوى لا ما يترتب عليه، فأصالة عدم الخيار لا صلة لها بالمقام.

(١) - الوسائل ج ١٢، الباب ١٦، من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٠٧

٣- [الصورة الثالثة: لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيبين،

في كون الزائل هو القديم حتى لا- يكون هناك خيار، أو الحادث حتى يثبت الخيار، فهنا صور يختلف حكمها حسب اختلاف كون البائع أو المشتري مدعى أو منكرا أو متداعيين.

فلو ادعى البائع زوال العيب القديم، و أنكر المشتري فقط بلا ادعاء شيء ما، كان القول قول المنكر بيمينه، و تؤيده أصالة بقاء العيب و عدم زواله إلى زمان الدفع أي علم المشتري بالعيب.

و لو ادعى المشتري زوال العيب الحادث و أنكر البائع فالقول قول المنكر بيمينه و تؤيده أصالة بقاء العيب الحادث و عدم زواله إلى وقت النزاع.

و لو ادعى الأول زوال العيب القديم، و الآخر زوال العيب الحادث يكونان متداعيين و يتحالفان و بعده يلزمان بالتصالح أو القرعة.

٤- [الصورة الرابعة: لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه «١»]

فلو ادعى البائع حدوثه عند المشتري - على وجه يكون هو الضامن كما لو حدث بعد الانقضاء - فالقول قول المشتري بيمينه، و لو ادعى المشتري حدوثه عند البائع على وجه يكون هو الضامن للعيب، يكون القول قول البائع بيمينه، و لو ادعى كل حدوثه عند الآخر، يكونان متداعيين فعليهما التحالف.

و مما ذكرنا يظهر الخلط في كلام الشهيد و غيره حيث قال في الدروس: فلو ادعى البائع حدوثه عند المشتري و المشتري سبقه فهو كالعيب المنفرد يعنى أنه يحلف البائع لأصالة عدم السبق كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا في

(١) - و سيوافيك ص ٤٠٩ أن الشيخ ذكر هذا الفرع مرتين.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٠٨

السبق و التأخر.

يلاحظ عليه أولاً: أن ما فرضه أشبه بالمتداعيين، أضف إليه ما أورده الشيخ عليه، و توضيحه: أن البحث ليس في وجود الخيار و عدمه، بل الخيار مسلّم، و إنما الكلام في المسقط، و هو عبارة عن حدوث العيب الجديد عند المشتري بعد انقضاء الخيار، و أصالة عدم التقدّم إلى هذا الحد لا تثبت الحدوث عنده «١».

و أمّا إذا اختلفا في الزيادة فلو ادعى البائع زيادة العيب و أنكرها المشتري فالقول قول المنكر بيمينه و أمّا إذا اتفقا على أصل الزيادة و اختلفا في زمان حدوثه، فحكمه حكم العيب الجديد و لا نعيد.

٥- [الصورة الخامسة: لو اختلفا في البراءة]

فادّعاها البائع و أنكرها المشتري فالقول قول المنكر بيمينه، و أمّا تقديم قول البائع بمطابقته لأصالة اللزوم ففيه ما ذكر سابقاً من أنها المحكّم إلى حد فصل الخصومة، فإذا انتهى الأمر إليه يؤخذ بقول المنكر بيمينه إلّا أن يقيم المدعى البيّنة، و لو انصرف المدعى عن الحكم و القضاء يكون الأصل السابق هو المحكّم أيضاً.

نعم ربّما يظهر من مكاتبة الصفار خلاف ما ذكر و أنه يؤخذ بقول البائع، روى عن محمد بن عيسى بن عبيد عن جعفر بن عيسى قال: كتبت إلى أبي الحسن - عليه السلام -: جعلت فداك المتاع يباع فيمن يزيد، فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برئ من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلّا نقد الثمن فربّما زهد، فإذا زهد فيه، ادعى فيه عيوباً و أنه لم يعلم بها، فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها، أ يصدّق فلا يجب عليه الثمن، أم

(١) - الخيارات: ٢٦٤ ط تبريز.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٠٩

لا يصدّق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن «١».

و قد اختلفت كلماتهم فيها فمن رادّ للخبر لمخالفته القواعد، إلى مؤوّل بأنّ مساق الخبر هو أن إنكار المشتري إنّما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع و إلّا فهو عالم بتبرّي البائع، و الإمام ألزمه بالثمن من هذه الجهة، إلى قائل بتقديم قول البائع، لكونه المنكر الذي يوافق قوله الظاهر، لجريان العادة على سماع كلام الدلال عند النداء فادّعاء عدمه، ادّعاء على خلاف الظاهر.

و يمكن أن يقال: إنّ المورد يشتمل على خصوصية جعلت البائع منكراً و المشتري مدّعياً، و هو أن المتبادر من قوله: «لم أسمع البراءة...» أنّه مسلّم تبرّي البائع، و لكن ادّعى عدم سماعها، ففي مثله يعد المشتري مدّعياً، و يؤخذ بقول المنكر بيمينه. و هذا غير النزاع في

التبري و عدمه من دون اقتران بهذه الخصوصيه فان المتبع فيه قول المشتري إلاً أن يقيم الآخر البيئه.
و أما الاشكال على الروايه بعدم وقوع البراءه في ضمن العقد فقد كفانا من الجواب ما ذكره الشيخ، و يأتي الكلام عنه عند البحث عن الشروط الابتدائيه.

٦- [الصورة السادسة]: لو ادعى البائع رضا المشتري به بعد العلم،

أو إسقاط الخيار، أو تصرفه فيه، أو حدوث عيب عنده، يقدم قول المنكر بيمينه. و هو المشتري.
ثم إن ما ذكره الشيخ في المقام من أنه لو وجد في المعيب، عيب (آخر) اختلفا في حدوثه و قدمه. فهو تكرار لما تقدم منه في قوله:
«الثالثه» لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه ... فلاحظ.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أحكام العيوب الحديث ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤١٠

المقام الرابع: الاختلاف في الفسخ:

إشارة

لو اختلفا في الفسخ فهنا مسائل:

١- إذا اختلفا في الفسخ فهنا صورتان:

الأولى: إذا اختلفا و كان الخيار باقيا،

يقدم قول المنكر (أى البائع كما هو الغالب) و مع ذلك فللمشتري الفسخ لأنه لا يخلو إما أن يكون صادقا فقد تحقق الفسخ أو يكون كاذبا فله انشاؤه:

و احتمال الشهيد، كون اقراره بالفسخ إنشاء له، كما إذا أنكر الطلاق فإنه إنشاء للرجوع حسب الروايات «١».

يلاحظ عليه: أنه إنما يحمل الاخبار على الإنشاء إذا كان بصدده كما في قوله:

أنكحت، و قوله في موضع الرجوع: لم أطلق، و أما إذا كان بصدده الاخبار جذاً كما في المقام، لأنه في مقام الترافع بصدده الاخبار عن الواقع لا الإنشاء، فلا، و أما جعله من باب استعمال اللفظ في المعنيين، فإنما يصح لو لم يكن بينهما تدافع كما في المقام فيما أنه إخبار عن وقوع الفسخ، لا يبقى مجال لانشاءه.

و احتمال الشيخ أن يكون حجية إقراره من باب «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» كما لو أقر بطلاق زوجته أو بيع مملوكه أو عتقه، و في المقام ملك الفسخ جاز الاقرار به.

و هو و إن كان تاماً لكنه لا يصير المدعى منكرًا لأجل مطابقتها قوله القاعدة بعد ما كان هو في العرف مدعياً، فالقاعدة متبعة إلى حد المرافعة، فإذا انتهى الأمر

(١)- الوسائل: ج ١٥، الباب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤١١

إليها فالمرجع قاعدة: «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه».

الثانية: إذا كان النزاع بعد انقضاء الخيار،

- كما لو تلفت العين في المقام- فإنه في خيار العيب مانع عن إعمال الخيار، إذا لم يسبق عليه الفسخ، فالقول قول المنكر، بيمينه. فإن كان عالما بعدم الفسخ، حلف بتياء، و إن ادعى المشتري علم البائع بالفسخ، حلف البائع على عدم العلم، و إن لم يكن واحد من الأمرين فليس له الحلف. و يردّ الحاكم اليمين على المدعى، فيقضى به إن حلف. و يحتمل القضاء بمجرد النكول.

ثم إذا لم يثبت الفسخ، بحلف المنكر (البائع) فهل يثبت لمدعى الفسخ، الارش؟ وجهان: لنأخذ من الحقيين بعد العلم الاجمالي بأحدهما، فإن عدم الرد و عدم أخذ الارش مخالف له، أو لا يثبت لاقاراه بالفسخ؟ و على كلا القولين له أن يأخذ قدر أقل الأمرين (١) من الارش، و ما زاد على القيامة (قيمة العين التالفة التي يجب دفعها لأجل التلف على زعم المشتري) على الثمن الذي اشترى به.

٢- لو اختلفا في تأخر الفسخ عن أول الوقت.

على الفورية فتأتى فيه الصور الثلاثة، فان ادعى تقدم الفسخ على أول وقت مضى الخيار، و أنكر الآخر، أو ادعى الآخر تأخر الفسخ عن أول وقت مضى، أو ادعى كل السبق و اللحق، فيقدم قول المنكر بيمينه إلا إذا كان هناك تداع فيحلفان فيجر إلى التصالح أو القرعة.

و أما الأصول التي أشار إليها الشيخ فهي على فرض صححتها إن وافقت الصدق العرفي، لا حاجة إليها، و إن خالفتها فلا تقاومه.

(١)- و ما في كلام: و يبقى قدر الارش مستحقا على التقديرين، غير واف بالمراد.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤١٢

٣- لو اتفقا على زمان الفسخ و اختلفا في زمان العقد،

فرجع النزاع إلى كون الفسخ في زمان الخيار و عدمه، فادعاه المشتري أنكره البائع، يقدم قول البائع، و أما تقديم قول المشتري بأصالة تأخر العقد فهو لا يثبت وقوع الفسخ في زمان الخيار.

٤- لو ادعى البائع علم المشتري بالخيار و فوريته و أنكر المشتري،

فالقول قول المنكر بيمينه إذا لم تدل القرائن على كذبه كما إذا نشأ بين أقوام متحصّرين عارفين بالأحكام. و أما اختصاص فورية الخيار بالعالم، فلأجل حكومته قاعدة لا ضرر على اطلاق دليله كما في غير هذا المورد.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤١٣

الكلام في تفسير العيب

إشارة

إن العيب من المفاهيم العرفية التي يقف عليها العرف بصفاء ذهنه، ولا يحتاج إلى التعريف، وقد قال سبحانه حاكيا عن مصاحب موسى: **أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَضْبًا** (الكهف / ٧٩) ولا نحتاج في فهم هذه الآية إلى تعريف العيب، وما ذكره من التعاريف في كتب اللغة وغيرها لا يعطى شيئا أزيد مما يعرفه الانسان العادى من اطلاق تلك اللفظة، ولأجل ذلك أعرضنا عن ذكر ما جاء فيها، وإن أردت أن تعرفه فالأولى أن يقال: إن لكل شىء حسب الخلقة، أو حسب الصنعة مقياسا طبيعيا أو صناعيا يشترك فيه أغلب الأفراد فإذا فقد ذلك يعد معيبا، فالخروج عن ذلك المقياس الطبيعي أو العادى فى الأمور الطبيعية والصناعية على وجه يوجب رغبة الناس عنه، موجب للعيب، فخرج ما يوجب كثرة الرغبة كالحدة فى البصر فى العبد، والاتقان البالغ فى المصنوع، والمختون بين المسلمين.

ثم إن الشيخ عزّف العيب بأنه النقص عن مرتبة الصّحة المتوسطة بينه وبين الكمال وقال: **إنّ الصّحة ما تقتضيه أصل الماهية المشتركة بين أفراد الشىء، لو خلّى وطبعه، والعيب والكمال يلحقان له لأمر خارج عنه، ثم إن مقتضى الحقيقة قد يعرف من الخارج وربما يستكشف بملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود صفة فى أغلب أفراد الشىء يكشف عن كونها مقتضى الماهية المشتركة بين أفرادها وكون التخلف فى النادر، لعارض.**

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤١٤

نعم إذا تعارض مقتضى الخلقة الأصلية، حال أغلب الأفراد التي يستدل بها أيضا على حال الحقيقة رجح الثانى، وحكم على الشىء بحقيقة ثانوية وذلك كالمختون فإنه على خلاف مقتضى الطبيعة، ولكن الرائج بين أغلب الأفراد من المسلمين هو الثانى فلا يعد مثل ذلك عيبا ومثله الثيوبه، فإنها حقيقة ثانوية فى الاماء، ولا تعد عيبا لكون المقياس هو الحقيقة الثانوية. ثم ذكر وجه آخر وهو أن العبرة بالحقيقة الأصلية، والنقص عنها عيب، وإن كان على طبق الأغلب، إلا أن حكم العيب لا يثبت مع اطلاق العقد، لأن الغلبة مانعة عن انعقاد الاطلاق بل مقتضاها البراءة من ذلك النقص.

يلاحظ عليه: أولا: أن كل ما ذكره من الوجهين لا يعدو الموجودات الطبيعية، وكان المبيع منحصر بالجمال والبغال والبيد والاماء، مع أنه أعم من الطبيعي والصناعى، فهناك آلاف من أنواع المبيع مصنوعة بيد البشر فيه الصحيح والمعيب، فعلى ذلك كان يجب عليه أن يركز فى التعريف على وجه يعم كلا القسمين، على نحو ما مر من أن لكل فرد من نوع طبيعى أو صناعى، مقياسا فى عالم الخلقة والصناعة، يعدّ التنزل عنه عيبا والتعالى عنه مزية.

و ثانيا: أنه لا يمكن عدّ كل ما كان على خلاف مقتضى الخلقة الطبيعية عيبا، وإنما يكون عيبا إذا كان سببا لرغبة الناس عنه، كالثيوبه، لا لرغبتهم إليه، كالتختان بين المسلمين، فإن غير المختون معرّض للخطر، فكيف يعد التختان عيبا؟ وعلى كل تقدير فالحق ما عرفت من أن العيب من المفاهيم العرفية التي تنطبق على مصاديقها عند العرف بسهولة ولا يحتاج إلى ضابطة دقيقة فى جميع الموارد.

نعم ربما يمكن أن يشك فى كون شىء عيبا أو لا وهو لا ينافى كونه من

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤١٥

المفاهيم الواضحة، وربما يتردد الانسان فى ماء، أنه مطلق أو مضاف، أو فى عنصر أنه من الأرض أو لا. وقد وضع المعيتون لأمر التجارة والصناعة مقياسا للأمتعة الصناعية يعبر عنه ب «استاندارد» فيعد التنزل عنه عيبا والتعالى عنه مزية. ولأجل ذلك ربما يردون كثيرا من الأمتعة المستوردة أو الصادرة لأجل عدم انطباق المقياس عليها. - مع ذلك - ربما يطرأ الشك على كونه واجدا للملاك أو لا.

هل يعتبر فى صدق العيب النقص المالى؟

إذا كان الضابط فى صدق العيب هو الخروج عن المقياس الطبيعى أو الصناعى فيكون الموضوع هو النزول عن ذلك المقياس سواء أ كان موجبا للنقص المالى أم لا، ولأجل ذلك يعد العبد الخصى معيبا وإن كانت تساوى قيمته قيمة غير الخصى، لأن المقياس هو ظهور المبيع على خلاف ما يتوقع من نوعه غالبا، فإن المترقب من نوع العبد كونه غير خصى قادرا على العمل، فكونه فاقدا لتلك الخاصة يعد عيبا وإن كان ربما يشتري بأعلى من غير الخصى، وعلى ذلك فيكون للمشتري خيار العيب، ومثله فى الأمور الصناعيه ما إذا ظهر السجاد المبيع خلقا يعد معيبا وإن كان ربما يشتري فى بلاد الغرب بما يساوى كونه جديدا.

وبذلك يظهر النظر فيما أفاده الشيخ من «أن المناط فى العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص المالى كالخصاء ونحوه ليس عيبا، إلا أن الغالب فى أفراد الحيوان لما كان عدمه كان اطلاق العبد منزلا على اقدام المشتري على الشراء مع عدم هذا النقص، فتكون السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط فى العقد ولا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط».

يلاحظ عليه: أنه إذا كان العيب مفهوما عرفيا يلاحظ الشئ حسب

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤١٦

المقياس الذى عرفه الانسان من السنه الالهيه أو الأنظمة الوضعيه، فإذا تخلف عنه تخلفا موجبا للرغبه عنه يعد عيبا. و اقبال بعض الأغنياء على شراء ذلك المعيب لغرض خاص لا يخرج عن كونه معيبا.

ثم إنه ربما يستدل لما ذكرنا من دوران صدق العيب مدار خروجه عن المجرى الطبيعى مطلقا سواء أ كان موجبا للنقص المالى أم لا بما فى مرسله السيارى الحاكيه لقصه ابن أبى ليلى وقد نقل الشيخ الحديث «١» و كفيه الاستدلال واستشكل عليه بوجوه، و بما أنا فى غنى عن الاستدلال بالمرسله، لكفايه الصدق العرفى فى الحكم على مثله عيبا سواء أ كان هناك نقص مالى أو لا، نعطف عنان البحث إلى موضوع آخر و هو:

أن توصيف المبيع أو أجزاءه بالعيب يختلف حسب الموارد، فكما أن الغبن يختلف حسب الموارد، فربما يغتفر الغبن فى موضوع و لا يغتفر فى موضوع آخر، بل ربما لا يصدق عليه الغبن فكذلك العيب، فمن اشترى بابا لبيته و كان فى نافذه من نوافذه كسر يعد ذلك عيبا، و هذا بخلاف ما إذا اشترى دارا تشتمل على مثل ذلك الباب، فعلى الفقيه التركيز على الأمور العرفيه أو العقلانيه فى ذلك الباب إلا ما ورد ردع عنه، و لعل فى ما ذكرنا حول ماهيه العيب غنى و كفايه فلنبحث عن الارش و أحكامه.

(١) - الخيارات: ٢٦٦ و لاحظ الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤١٧

الفصل التاسع تفسير الأرش

إشارة

الأرش جزء الثمن المردود.

أداء الأرش بجنس الثمن أو النقد الغالب.

حكم الأرش فى الربوى و الصرف.

الأرش المستوعب للثمن.

الطريق إلى معرفه القيامة.

في تعارض المقومين.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤١٩

تفسير الارش

[الأرش لغة واصطلاحاً]

قد ورد في غير واحد من الروايات لفظ «الأرش» (١) و هو في اللغة على ما في اللسان: «النزاع» و يطلق على دية الجراحات ما ليس له قدر معلوم، و على الذي يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب المبيع، و سمي أرشاً لأنه من أسباب النزاع. و على ذلك فهو من باب اطلاق المسبب على السبب.

و قال أيضاً: الارش الخدش، ثم قيل لما يؤخذ دية له. و عليه يكون من باب اطلاق السبب على المسبب، و في الصحاح: إنه دية الجراحات من غير تقييد بما ليس له قدر معلوم، و في القاموس: إنه مطلق الدية، و في مصطلح الفقهاء عبارة عن مال يؤخذ بدلا عن نقص مضمون في مال أو بدن و لم يقدر له في الشرع مقدر.

و على كل تقدير فلا يطلق إلّا إذا كان هناك ضمان للتالف.

ثم إنّ الضمان على قسمين: ضمان اليد و الاتلاف، و ضمان المعاوضة.

أمّا الأوّل: فهو كالمغصوب و المستام إذا تلف. و في مثله يكون التالف مضمونا بقيمته السوقية سواء أ كان التالف ذات الشيء أم وصفه لأنّ التلف صار سببا لتضرر المالك بما يعادل قيمته السوقية، فلا يتدارك إلّا باشرائه بنفس القيامة، و هناك يكون ضمان الجزء أو الوصف تابعا لضمان الكل فلو عاب في يد الغاصب

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العيوب.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٢٠

أو المستام يجب تداركه بالقيمة السوقية.

و أمّا الثاني: أعنى ضمان المعاوضة، و هو ما يكون الضمان في مقابل العوض الذي يدفعه أحد المتعاملين إلى الآخر، نظير ضمان البائع للمشتري، فهو يضمن أن يسلم المبيع بعامة أجزائه و خصوصياته و صفاته في مقابل العوض الذي يأخذه منه، فلو تخلف لا يستحق المشتري عليه إلّا استرداد ما يقابله من الثمن و ذلك لأنّ الضرر المتوجّه من ناحية البائع إلى المشتري، لا يتجاوز عمّا أخذه من العوض في مقابل المبيع فلا يحكم إلّا بتأديته ما أخذه و لم يسلمه عوضه، و هو ليس إلّا ما يخصه من العوض، و بعبارة أخرى: أنّ البائع لم يقدم على الضمان، و لم يقبله المشتري إلّا في هذا الإطار، و لم يكن هناك أيّ تضامن و تعاهد بالنسبة إلى القيامة السوقية.

و الضابطة الكلية في تشخيص أحد الضمانين عن الآخر هو أنّه يجب أن يلاحظ مقدار الضرر الذي أوردته أحد الطرفين على الآخر، ففي القسم الأوّل أتلّف ماله، أو عابه فيجب أن يخرج عن عهده على وجه يعد تداركا لما أضّره به و لا يتدارك إلّا ببذل القيامة السوقية.

و أمّا القسم الثاني فالضرر الذي أوردته البائع على المشتري هو أنّه أخذ ما يخصه (الوصف المفقود) من الثمن و لم يسلمه فلا يتدارك إلّا بردّ ما قابله، و أمّا رد القيامة السوقية فلم يأخذها حتى يردّها.

و بذلك يفترق طريق تعيين الخسارة، ففي الأوّل إذا عاب الشيء في يد المتلف، يقوم صحيحا و معيبا و يدفع تفاوت ما بينهما إلى المالك، و أمّا الثاني فيضاف إلى العمل السابق عمل آخر و هو أنّه يؤخذ من الثمن مقدار نسبة المعيب إلى الصحيح، فلو كانت قيمة

المبيع الصحيح مائة و المعيب خمسة و سبعين و باعه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢١

بثمانين، فبان معينا يردّ من الثمن بتلك النسبة أى ربه.

و بذلك يظهر أنّ الضمان المعاضى ضمان مطابق للقاعدة، و لو حكم بضمنان القيامه الواقعيه فهو على خلاف القاعدة، لأنّ المقياس جبر الضرر المتوجّه إلى المشتري من جانب البائع، و هو ليس إلّا ما يخصّه من الثمن، لا- التفاوت الموجود بين صحيحه و معيبه، و بذلك تختلف كيفية الخروج فى المقام عن كيفية الخروج فى المقام الآخر.

هذا هو مقتضى القاعدة و عليه بناء العقلاء و لا يرون البائع مسئولاً إلّا بدفع ما أخذه فى مقابل الوصف المعدوم لا قيمته السوقية.

ثم إنّ الشيخ الأعظم ذكر أنّ ظاهر كلام القدماء كأكثر النصوص يوهّم إرادة قيمة العيب.

أقول: أمّا كلمات القدماء فيحتاج القضاء فيه إلى مراجعة نصوصهم و أمّا الروايات فهي على أقسام ثلاث:

ألف: مجمل لا ظهور له فى أحد الرايين مثل:

١- و له ارش العيب. و قد ورد فى روايتين «١».

ب: ظاهر فيما يدعيه المشهور من ضمانه بما يخصّه من الثمن، لا ضمانه بقيمته الواقعيه، مثل:

٢- و يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب إن كان فيها «٢».

٣- و كان يضع له من ثمنها بقدر عيبها «٣».

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٧، و الباب ٥، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ و ٥.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ١ و ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢٢

٤- و يردّ عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به «١».

و المتبادر من هذه الروايات خصوصاً الأخيرة أنّه يردّ، ما أورد به من الضرر و ليس ما أورد إلّا ما أخذه فى مقابله، لا قيمته الواقعيه.

ج: ما هو ظاهر فى ضمانه بالقيمة الواقعيه مثل:

٥- تقوّم و هى صحيحه، و تقوّم و بها داء ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصّحه و الداء «٢».

٦- و لكن تقوّم ما بين العيب و الصّحه فيردّ على المبتاع «٣».

٧- و ردّ البائع عليه قيمة العيب «٤».

٨- و لكن يرجع بقيمة العيب «٥».

ثم إنّ الشيخ حمل الروايات الأخيرة على صورة مساواة الثمن، للقيمة السوقية للمبيع بقريته ما فيها من أنّ البائع يردّ على المشتري و ظاهره كون المردود شيئاً من الثمن الظاهر فى عدم زيادته عليه بل فى نقصانه.

و لا يخفى أنّه ليست عليه قريته، إذ هو أيضاً قابل للحمل على الغالب من زيادة الثمن على الارش، فلا يكون دليلاً على كون المراد ما يخصّه من الثمن ثمّ إنّ هنا اشكالاً أو اشكالين: و هما:

(١)- الوسائل: الجزء ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢، ٤، ٦.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢، ٤، ٦.

(٤)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٢، ٤، ٦.

(٥)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢٣

إذا كان الثمن لا يقسّط على الوصف فما معنى الارش؟!!

إشارة

١- قد تكرر من الشيخ الأعظم أنّ الثمن لا يقسّط على الأوصاف: الصحّة و الكمال، و إنّما يقسّط على الأجزاء مع أنّ البحث فى المقام مرّكز على بيان كيفية الارش أى تعيين ما وقع من الثمن فى مقابل الأوصاف، فلو كانت الأوصاف خارجة عن حريم المقابلة، فما معنى البحث عن تعيين ما وقع فى مقابلها.

٢- إنّ لازم ضمان وصف الصحّة بمقدار ما يخصّه من الثمن لا بقيمته، أمور ثلاثة لم يلتزم بها المشهور:

ألف: انفساخ العقد فى ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما هو شأن الجزء المفقود من المبيع، مع أنّه لم يقل به أحد.

ب: تعيين دفع الأرش من الثمن لو طالب المشتري مع أنّ ظاهر جماعه عدم تعيينه منه.

ج: اشتغال ذمّة البائع بالارش من أوّل الأمر.

ثمّ إنّ الشيخ أجاب عن الاشكاليين بجواب واحد و هو أنّ مقتضى المعاوضة هو عدم مقابلة وصف الصحّة بشيء من الثمن لأنّه أمر معنوى كسائر الأوصاف و عدم عدّ العيب نقصا يتدارك بشيء من مقابله.

إلّا أنّ الدليل دل على ضمان هذا الوصف أو كونه فى عهدة البائع فإنّ هذا الوصف كسائر الأوصاف و إنّ لم يقابله شيء من الثمن، لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن و عدمه، فإذا تعهده كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بآداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢٤

يلاحظ عليه: أوّلاً: أنّ ما ادعاه من عدم مقابلة وصف الصحّة بشيء و عدم عدّ العيب نقصا يتدارك بشيء من مقابله: أوّل الكلام و العقلاء مطبقون على خلافه.

و ثانياً: أنّ صدر كلامه يعرب عن أنّ الارش فى المقام على خلاف القاعدة، لكن ذيل كلامه يعرب عن أنّه بصدد إثبات كونه على وفاقها حيث قال: «لكن له مدخل فى وجود مقدار من الثمن و عدمه فإذا تعهده كان للمشتري مطالبته بخروجه عن عهده بآداء ما كان يلاحظ من الثمن لأجله».

و ثالثاً: أنّ ما ذكره لا يعدو عن كون وجود الوصف داعياً لزيادة الثمن، و تخلف الداعي لا يؤثّر شيئاً و ذكره فى اللفظ أو انصراف العقد إليه، لا يوجب إلّا خيار تخلف الوصف أو الشرط و ليس فيه إلّا الردّ، لا خيار العيب الذى فيه الرد و الارش و لو كان مؤثراً فأى فرق بين وصف الصحّة و الكمال حيث يقولون بالأرش فى الأوّل دون الثانى.

و الحاصل أنّ القول بعدم التقسيط مع القول بردّ ما يخصّه من الثمن، أمران متنافيان، لا يمكن الجمع بينهما.

إجابة السيد الطباطبائي عن الاشكال:

ثمّ إنّ للسيد الطباطبائي - قدّس سرّه - بيانا فى تصوير كون أخذ الارش على القاعدة نذكره بنصّه: أنّ الارش على طبق القاعدة و أنّ مقتضاها هو ما ذكره المشهور من أخذ التفاوت بنسبة الثمن، و أنّه لا يتعيّن كونه منه، بمعنى أنّه لو أعطى من غيره كان نفس الارش،

و إن كان عند المشاحة يتعين النقد الغالب،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٢٥

و ذلك لأن وصف الصحة كسائر الأوصاف و إن لم يكن مقابلا- بالمال في عالم الانشاء، إلا أنه مقابل به في عالم اللب بمعنى أن زيادة بعض الثمن إنما هي بلحاظ الوصف المذكور، فتمام الثمن في عالم الانشاء جعل في مقابل نفس العين و ليس شيء منه في مقابل الوصف، و لذا لا يرتجع بعض الثمن عند التخلف، بمعنى أنه لا يكون من قبيل تبعض الصفقة، لكن في عالم اللب بعض ذلك الثمن الذي جعل في مقابل نفس العين، مقابل للوصف فإذا فرض تخلفه، وجب على البائع أن يغرم ما فات من المشتري، و ما اغترم في عالم اللب بملاحظة ذلك الوصف، فبالخلف لا يلزم الانفساخ، لأن الفرض كون تمام الثمن في مقابل العين المفروض وجودها، و لكن لما كان المشتري قد اغترم من جهة ذلك الوصف، و أعطى مالا مقابلا له في ذلك العالم، له أن يرجع على البائع و له أن لا يرجع، و لأجل ذلك لا تكون ذممة البائع مشغولة بالارش من حين العقد، بل تشتغل بعد اختيار المشتري الارش، فتبين أن ضمان الارش ليس على حد ضمان المعاوضة، و لا على ضمان اليد بل ضمان المعاوضة اللبية، و لازمه انفساخ تلك المعاوضة، لا المعاوضة الحسية الانشائية، و مقتضاه جواز تغريمه بما أعطاه من غير مقابل في عالم اللب، و ظهر أنه لا يكون من عين الثمن و أنه لو أخذ من غيره يكون عين الارش لا بدلا له «١».

يلاحظ عليه: أولا: أنه ليس في مقام المعاوضة إلا معاوضة حسية انشائية، و ليس عن المعاوضة اللبية بين العقلاء عين و لا أثر، فما يقع تحت الانشاء أو يقع الانشاء مبتيا عليه هو طرفا المعاوضة الحسية، و ليس غيرها معاوضة رسمية لكي يؤخذ به البائع.

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي ١٠١/٢ و لاحظ كلامه أيضا ص ١٣٠ من هذا الجزء.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٢٦

و ثانيا: لو فرضنا تقسيم المعاوضة إلى معاوضتين، فلحاظ الوصف عندئذ لا يتجاوز عن كونه داعيا إلى بذل الثمن الزائد، و تخلف الداعي لا يؤثر شيئا، فلو اشترى كتابا بزعم أنه بخط والده، أو قرئ على شيخ الاجازة، ثم بان الخلاف، فلا خيار له. و على فرض صحته لا فرق بين وصفى الصحة و الكمال إذ حديث المعاوضة اللبية جار في كليهما- مع أنه لا يقول بالارش في الثاني-.

و خلاصة الكلام: أن الأمر دائر بين أحد أمرين و كل واحد منهما لا يخلو من اشكال.

أما أن يلاحظ الوصف جزءا من العوض و يبذل الثمن في مقابله، و لازم ذلك التوالى الثلاثة:

- ١- انفساخه فيما يخصه من الثمن عند عدمه.
- ٢- لزوم كون الارش من نفس الثمن.
- ٣- اشتغال ذمة البائع به من أول الأمر.

أو لا يلاحظ جزءا منه، بل يكون داعيا من الدواعي.

فيترتب عليه عدم جواز رجوع المشتري عند التخلف على البائع بشيء حسب القاعدة و يصبح أخذ الارش لأجل الروايات أمرا على خلاف القاعدة و هو مخالف لارتكاز العقلاء حيث يرون المشتري محققا في الرجوع إلى التفاوت الموجود بين المبيع و المدفوع.

و من حاول تطبيقه على القاعدة زاد في الطين بله، فجمع بين المتنافيين أولا، و لزمه عدم الفرق بين وصفى الصحة و الكمال ثانيا، لعدم الفرق بينهما من حيث الملاك، مع أنه فرق بينهما.

و المختار عندنا هو الوجه الأول و أنه يقسط على الأجزاء و الصفات

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٢٧

الصحيحة و الكمالية مطلقا و كل يكون موجبا لكثرة الرغبة و بذل الثمن الزائد حتى الغلاف و الإناء إذا وقع تحت الإنشاء أو كان

الانشاء مبتيا عليه عند المتعاملين وفاقا لارتكاز العقلاء، غير أننا نذب عن المحاذير الثلاثة و نقول:

دفع المحاذير الثلاثة بوجهين:

الأول:

وجود الفرق الواضح بين المقام و ما يحكم فيه بالانفساخ من أول الأمر مثل ما إذا باع ما يملك و ما لا يملك بصفقة واحدة، فقالوا بالصحة فيما يملك و البطلان فى غيره. و ذلك لأن احقاق الحق فى الثانى منحصر فى البطلان فيما لا يملك، فلأجل ذلك يحكم بالانفساخ فيه، و ليس هناك وجه آخر يترقب.

هذا بخلاف تخلف الوصف و الجزء الذى يشبه بتخلف الوصف كأحد مصراعى الباب فإنّ هناك طريقتين: أحدهما ردّ المعاملة من رأس، و الفسخ فى الكل، و الآخر قبول المعاملة و انحلالها فى الجزء و الوصف، و لأجل ذلك لا يتسرّعون إلى الحكم بالانفساخ لأنّ الأمر يدور بين فسخ الكلّ أو خصوص الجزء و الوصف.

الثانى:

لا مانع من القول بالانفساخ من أول الأمر فيما يخصّه من الثمن بمعنى استعداده للانفساخ غير أنّ تنجزه يتوقف على اتفاهم على الارش، و بذلك تنحلّ المشكله الثانیه و هى اشتغال ذمّة البائع بالارش، فلا بأس بالالتزام به غير أنّ التنجز يتوقف على المطالبه، و ما هذا إلّا لأجل أنّ المستقبل مجهول لأنه يحتمل أن يكون هناك فسخ فى الكل أو فى الجزء، فلا يحكم منجزا إلّا بعد تبين الحال.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢٨

الارش جزء الثمن المردود:

و بما ذكرنا يتبين أنّ الارش ليس غرامه و إنّما هو جزء الثمن المردود، فكأنّ المعامله تنفسخ بالنسبه إلى ذلك الجزء لا أنّه غرامه خارجيه يبذلها البائع لأجل تسليم المبيع الفاقد للوصف، و إنّما هو جزء الثمن المردود، و بذلك تنحلّ المشكله الثالثه، و يقال بوجوب تسليمه من نفس الثمن، اللهمّ إلّا إذا اتفقا على غيره كما عليه السيد الطباطبائى فى تعليقه نظير ما إذا طالب المقرض عين ماله «١».

و بذلك تقف على عدم وصول النوبه عند مطالبه الارش من نفس الثمن، إلى الأصول العمليه من أصاله عدم تسلط المشتري على شىء من الثمن أو براءه ذمّه البائع من وجوب دفعه، لأنهما - مضافا إلى معارضتهما بأصول آخر - نظير أصاله عدم تملك البائع ما يخصّ الوصف من الثمن - أنّه استدلال بالأصل مع وجود الدليل الاجتهادى.

أداء الارش بجنس الثمن، أو النقد الغالب:

إذا كان الارش هو جزء الثمن المردود على المختار فلو كان تالفا يجب على البائع أدائه من جنسه أخذا بالقاعده الرائجه فى باب الإلتلاف، ففى الدرجه الأولى يجب دفع الارش من جنس الثمن و إلّا فمثله أو قيمته.

و أمّا على القول بأنّ الارش غرامه لجبر الضرر، و ليس جزء الثمن يتعين النقد الرائج كما هو الحال فى باب سائر الغرامات، و يؤيده ظاهر الروايات مثل

(١) - تعليقه السيد الطباطبائى: ١٠٢ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٢٩

قوله: و لكن يرجع بقيمة العيب «١» و قوله يرد عليه بقيمة ما نقصها العيب «٢» إلى غير ذلك من الروايات. هذا إذا كان الثمن نقداً، و أما إذا كان جنساً، فقد احتمل السيد الأستاذ تعيين البذل من جنسه، سواء كان عينه أو مثله «٣». يلاحظ عليه: أنه إذا كان الارش غرامةً كما هو نظر المشهور، فلا وجه لتعيين الردّ من الجنس بعد كون الأصل فى ضمان المضمونات هو النقد الرائج، نعم على المختار يجب أن يكون من عينه و عند التلف من جنسه لأنه الجزء المردود من الثمن.

حكم الارش فى الربوى و الصرف:

إذا بيع أحد المتماثلين بآخر، كالحنطة بالحنطة فبانت إحداهما رديئة فهل يجوز أخذ الارش؟ التحقيق: لا، لأنّ الشارع ألغى دخل وصف الصحة فى مقام المعاوضة، و قد عرفت أنّ الارش جزء الثمن المردود، فلا يقسّط الثمن على وصف الصحة حتى يستعاد عند التخلف، و مثله إذا قلنا بأنّ الارش غرامة، فلو كان وصف الصحة ملغى حسب القانون، فلا خدعة حتى يغرم الخادع، و بذلك يعلم حكم معاملة الذهب بالذهب و الفضة بالفضة، و بالجملة المتماثلان الموزونان أو المكيلان لا ارش فيهما على كلا المبنيين، غاية الأمر ثبوت خيار تخلف الشرط أو الوصف إذا كان المشتري جاهلاً.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الحديث ٨.

(٢)- المصدر نفسه: الحديث ٣.

(٣)- المتاجر: قسم الخيارات: ١٣٢ / ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣٠

إنّما الكلام فى معاملة الصرف إذا كان العوضان متخالفين، كالذهب بالفضة فيقع الكلام فى جواز أخذ الارش، لا من جهة استلزامه الربا لما عرفت من أنّه فى المتماثلين، لا فى المتخالفين بل من جهة تصوّر أنّ الحكم بالارش يوجب عدم القبض فى مجلس الصرف، مع أنّه يشترط التقابض فيه فى مجلسه.

أمّا على المختار، فالظاهر الجواز، لأنّ الارش هو جزء الثمن المردود، بمعنى انفساخ المعاملة فى هذا المقدار من الثمن انفساخاً من أوّل الأمر أو بعد الاتفاق عليه. فالردّ فى المقام أشبه بما إذا ردّ ما أخذه زائدا سهواً على القدر المتفق عليه.

و أما على مبنى المشهور، فالظاهر أنّه جائز، و ذلك لأنّه لو كان الارش إكمالاً للمعيب و رفعاً له إلى مستوى الجزء الآخر، يكون للمنع وجه، لأنّه يستلزم القبض فى غير مجلس الصرف، و أمّا إذا قلنا بأنّه غرامة عقلائية و ليس جزء من أحد العوضين، فلا يشمل دليل وجوب التقابض.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم لما اختار تعيين كون الارش من النقدين (و إن شئت قلت النقد الرائج) لأنه الأصل فى المضمونات، و علق جواز الارش من غيرهما على رضا الطرفين و أنّه يكون عندئذ بدل الأرش لا نفسه، احتمل فى مورد النقدين «١» وجهاً آخر و هو أنّه من المحتمل أن يكون الثابت فيهما هو المال الكلى فى الذمّة. و إذا اختار الأرش من غير النقدين ابتداءً و رضى به الآخر فمختاره نفس الارش لا عوض عنه، نعم للآخر الامتناع عنه لعدم تعيينه عليه فليس هنا شىء معين ثابت فى الذمّة حتى يكون أحدهما أرشاً و الآخر بدلاً عنه.

(١)- لا جميع موارد الارش كما هو ظاهر كلام السيد الأستاذ- قدّس سرّه- حيث قال حاكياً نظر الشيخ بقوله: بدعوى الفرق بين المقام

(ظهور المبيع معيياً) و سائر المقامات، لاحظ المتاجر: قسم الخيارات ١٣٣ / ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣١

بل النقدان و غيرهما سواسية، و الكل يعدّ نفس الأرش لا- بدلا عنه، غير أنّ الدفع من غير الرائج يتوقّف على رضا الطرفين دون غيرهما.

يلاحظ عليه: أنّه لا- فرق بين النقدين و غيرهما، فلو كان الثابت هو المال الكلى فليكن جميع الموارد كذلك، و لو كان الملاك هو النقد الرائج، كما هو الأصل فى ضمان المضمونات، فيجب أن يكون الجميع سواسية.

و إنّما دفعه إلى ذلك الاحتمال فى مورد النقدين، هو تصوّر استلزامه القبض خارج المجلس إذا كان الثابت فى الذمّة هو النقد الرائج، و قد عرفت ذبّه و أنّ القول بأنّه الثابت لا يستتبع اشكالا، لأنّه عند القوم غرامة، لا جزء للمعيب حتى يرتفع و يقع فى مستوى الصحيح و يتحقق قبض البعض خارج المجلس.

الأرش المستوعب للثمن:

الأرش الرائج بين العقلاء، هو غير المستوعب للثمن، بمعنى أنّ البائع يدفع من الثمن حسب نسبة الصحيح إلى المعيب و لا يكون إلّا مقدارا مساويا لبعض الثمن و أمّا المستوعب للثمن كلّ، بأن يرده مع العين فليس منه بين العقلاء عين و لا أثر، و يعد مثل ذلك معاملة سفهية.

و وجهه أنّ المعيب إن لم يكن ممّا يتموّل و يبذل فى مقابله شيء من المال، بطل بيعه و إلّا فلا بد من أن يبقى له قسط من الثمن. هذا إذا قلنا بأنّ الأرش أمر عقلائي، و أمّا إذا قلنا بأنّه أمر تعبدى فالنصوص الواردة فيه ظاهرة فى غير المستوعب فقد ورد فيها العبارات التالية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣٢

«يوضع عنه من ثمنها بقدر عيب كان فيها» و «ثم يردّ البائع على المبتاع فضل ما بين الصحّة و الداء» و «لكن يردّ بقيمة ما نقصها العيب» و «لكن يقوم ما بين العيب و الصحّة فيردّ على المبتاع» «١» إلى غير ذلك من النصوص الظاهرة فى غير المستوعب.

و على ذلك فلو صار الخلّ ماء بذهاب حموضته قبل القبض فلا محيص عن القول بالانفساخ لأنّ التلف قبل القبض على البائع، و الباقي من الخلّ بعد رفع الحموضة ليس ما لا يتبادل بدرهم و دينار، و البيع مبادلة مال بمال، و المالية غير محفوظة فى زمن القبض مع اعتبار بقائها إلى ذلك الحين.

ثمّ إنهم يمتّلون للأرش المستوعب للثمن ببيع العبد الجانى إذا كانت الجناية مستوعبة للقيمة، لكن الفرق بين المثالين واضح فإنّ امضاء العقد عند صيرورة الخلّ ماء غير صحيح سواء كان بلا أرش أو مع الأرش لخروجه عن المالية.

أمّا المقام فيصح إمضاؤه بلا أرش (بخلاف الخلّ الفاسد) إذا تعلّق غرضه بحفظ العبد فى حباله مع دفع الدية، و أمّا امضاؤه مع الأرش فمشكل لما عرفت من أنّ الأرش المستوعب يخالف بناء العقلاء و مورد الروايات.

الطريق إلى معرفة القيامة:

إذا كان الارش هو الوضع من الثمن، بنسبة التفاوت الموجود بين قيمتى الصحيح و المعيب، تلزم معرفة قيمته فلو كانت معلومة فلا كلام، و أمّا إذا لم تكن معلومة، يرجع إلى العارف بها و الرجوع إليه على أقسام:

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٤ من أبواب أحكام العيوب، الأحاديث ١-٤.

١- أن يخبر عن القيامة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد، و عند أهل الخبرة لهذا المبيع أو لمثله فى الصفات المقصودة و يقول إن هذه الحنطة أو مثلها تباع فى السوق بكذا.

٢- أن يخبر عن حدس و نظر لأجل كثرة الممارسة لأشبهه هذا الشئ و اطلاعه على الخصوصيات و الخواص التى فيه و فى صنفه و نوعه من غير أن يكون له ميزان معين فى السوق كالأحجار الكريمة و النفائس الأثرية و الكتب المخطوطة.

٣- و قد يخبر عن الخصوصيات مع كون القيامة على تقدير العلم واضحة كالصانع العارف بأصناف الذهب و الفضة. و المقوم حقيقته هو ثانى الأقسام و أمّا الأول فهو يخبر عن قيمة المبيع أو مثله فى السوق، كما أن الثالث يخبر عن الخصوصية التكوينية فيه، بلا اعمال نظر و اجتهاد.

و على أى تقدير فهل يشترط التعدد أو يكفى الواحد، ذكر الشيخ الأعظم وجهين:

الأول: عدم التفرقة بين الأقسام فيشترط فى الجميع ما يشترط فى الشهادة.

الثانى: أن القسم الأول داخل فى الشهادة يشترط فيه ما يشترط فى باب الشهادة من التعدد و العدالة و الأخبار عن حسّ بخلاف الأخيرين فيكفى فيه العدل الواحد.

و استدلل على كفاية العدل الواحد فى الأخيرين بوجوه:

١- لزوم الحرج لو اعتبر التعدد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣٤

٢- اعتبار الظن فى مثل ذلك لانسداد باب العلم فيه.

٣- يلزم من طرح قول العادل و الأخذ بالأقل تضييع حق المشتري.

٤- عموم حجية خبر الواحد، خرج منها ما كان من قبيل الشهادة.

و يلاحظ عليه: أنه إذا كان الثانى و الثالث خارجين عن موضوع الشهادة فلا يعتبر فيهما التعدد بالضرورة فلا حاجة إلى الاستدلال بهذه الوجوه الأربعة:

و يلاحظ على الوجه الثالث من أن فى الطرح تضييعا لحق المشتري، بأن فى الأخذ أيضا احتمال تضييع حق البائع.

فالأولى أن يقال: لو كانت هناك مرافعة و رفع الأمر إلى الحاكم، فلا تفك العقدة فى جميع الصور إلا بالبينه و الأيمان من غير فرق بين الأقسام، لأن أحدهما مدع و الآخر منكر، و لو لم تكن هناك مرافعة و إنما يريد البائع إفراغ ذمته فلو أمكن تحصيل العلم العرفى أعنى الاطمئنان فيقدم- لما قلنا فى محلّه- من أن الموضوعات التى يسهل الوقوف على حالها، كالعلم بوصول المال الزكوى إلى حدّ النصاب، أو كون الرجل مستطيعا، لا يرجع فيها إلى البراءة، بل يكلف بالرجوع إلى العلم العرفى الذى هو الاطمئنان من غير فرق بين العدلين و العدل و سائر الأسباب المورثة للاطمئنان.

و إن لم يمكن فالعدل الواحد، بل قول الثقة هو المرجع أخذا بما دلّ على حجية قوله مطلقا، حكما كان المخبر به أو موضوعا، خرج ما خرج مما يشترط فيه التعدد، كباب المرافعات و الهلال. و يمكن اصطياذ القاعدة من الموارد المختلفة التى يقبل فيها قول العدل الواحد و قد جمعناها فى كتابنا «كليات فى علم الرجال» (١).

(١)- لاحظ ص ١٥٩-١٦٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣٥

و تصوّر أن كل مورد دخل فى باب الشهادة يعتبر فيه التعدد، كما فى المورد الأول، يتوقف على وجود كبرى لهذا و هو أنه يعتبر فى الشهادة التعدد، مع أنه لم يثبت، بل الثابت تقسيم الموضوعات إلى ما لا يقبل فيه إلا العدلان، و ما يقبل فيه العدل الواحد، و سمي

القسم الأول بالشهادة فلا يعرف كون المورد في باب الشهادة إلا إذا دلّ الدليل على لزوم التعدد. ثم إذا لم يتمكن من المعرفة العرفية أو الشرعية فالمرجع هو الأخذ بالأقل، لأجل البراءة عن الزائد أو الأكثر لكونه موافقا للاحتياط أو التصالح، أو العمل بالظن و الأخير ضعيف.

في تعارض المقومين

لو تعارض المقومان، فقد ذكر الشيخ احتمالات و أقوال:

- ١- تقديم بينة الأقل للأصل.
 - ٢- تقديم بينة الأكثر لأنها مثبتة.
 - ٣- القرعة بينهما لأنها لكل أمر مشكل.
 - ٤- الرجوع إلى الصلح لتثبت كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرة، و المورد غير قابل للحلف، لجهل كل منهما بالواقع.
 - ٥- تخير الحاكم بينهما لامتناع الجمع و فقد المرجح.
 - ٦- وجوب الجمع بينهما بقدر الامكان لأنّ كلّا منهما حجة شرعية يلزم المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٣٦
 - العمل به، فإذا تعدّر العمل به في تمام مضمونه و جب العمل به في بعضه.
 - ٧- التساقط و الرجوع إلى الأصل، لكونه مقتضى القاعدة عند تعارض الدليلين أو الامارتين، أو لقصور دليل حجة البينة عن شمول صورة التعارض.
 - ٨- الرجوع إلى المرجحات من الأكثرية و الأعدلية، و إلا فبأحد الاحتمالات.
 - ٩- تقديم بينة الداخل و هي الأقل فيما إذا ادعاه البائع، و أقام بينة و ادعى الآخر الأكثر و أقام بينة.
 - ١٠- تقديم بينة الخارج و هي الأكثر.
- ثم إنّ الشيخ اختار الجمع بين البينتين، و استدل على ذلك بأنّ الجمع بين الدليلين و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا، و لأجل ذلك يحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البيئتان في دار تحت يد رجلين يدعيها كل منهما.
- و أورد عليه السيد الأستاذ- قدس سره-: بأنّ قاعدة الجمع قد ردّها الشيخ في رسالة التعادل و الترجيح و ذكر أنّ الجمع التبرعي لا شاهد له، و إنّما الجمع المقبول هو الجمع مع الشاهد، فكيف قبل القاعدة التي هي مأثورة عن ابن أبي جمهور الاحسائي و قد ردّها في الأصول «١».
- يلاحظ عليه: أنّ الشيخ ردّها في مجال الأحكام الشرعية لا في مجال الحقوق و هو ظاهر لمن راجع كلامه، و ما استدل به على رد تلك القاعدة يختص بمورد الأحكام، و لا يعمّ الحقوق.

(١)- المتاجر: قسم الخيارات ٥/ ١٤٠.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٣٧

و على كلّ تقدير فظريّة الجمع بين المقومين هي خيرة المفيد، و المحقق، و العلامة، و الشهيدان. فقال في الشرائع: «إنّ اختلف أهل الخبرة في التقييم، يعمل على الأوسط» و فسره في الجواهر بالقيمة المنتزعة من مجموع القيم «١».

ثمّ إنّ ما استدل به الشيخ على الجمع ضعيف لأنه قال بأنّ الجمع بينهما أولى من الأخذ بأحدهما إذ لقائل أن يقول بأنّ الأصل طرح كلا القولين أخذا بالمقرّر في باب الطرق عند التعارض أعني التساقط و الرجوع إلى الأصول العملية، و الأولى أن يستدل ببعض

الآيات مثل قوله سبحانه: قُلْ أَمَرَ رَبِّي بِالْقِسْطِ (الأعراف / ٢٩). وقال سبحانه: وَإِذِ إنا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ (النساء / ٥٨) وقوله سبحانه: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ (النحل / ٩٠) إلى غير ذلك مما يعبر عنه بقاعدة العدل و الانصاف.

و يؤيده خبر عبد الله بن عمر، قال: كنا بمكة، فأصابنا غلاء فى الأصاحى فاشترينا بديا نار، ثم بديا نارين ثم بلغت سبعة، ثم لم توجد بقليل و لا كثير، فرقع هشام المكارى رقعة إلى أبى الحسن - عليه السلام - فأخبره بما اشترينا، ثم لم نجد بقليل و لا كثير، فوقع: انظروا إلى الثمن الأول و الثانى و الثالث، ثم تصدقوا بمثل ثلثه «٢».

ثم إن تحقيق الحق يتوقف على ذكر أمور:

١- هل البحث منعقد فيما إذا رفع المشتري و البائع الأمر إلى الحاكم، أو فيما إذا أراد البائع إفراغ الذمة، و رجع إلى أهل الخبرة، و المشتري إلى آخر فاختلفوا، فالظاهر أن موضع البحث هو الثانى لا الأول، و على ذلك لا موضوع للقولين

(١)- الجواهر: ٢٣ / ٢٩٠.

(٢)- الوسائل: ١٠ الباب ٥٨ من أبواب الذبح، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣٨

الأخيرين، أعنى تقديم بينه الداخل أو الخارج، لأنها من شئون المرافعة و القضاء و المفروض خلافه، نعم لو كان الموضوع أعم لا بأس بذكرهما، كما أنه لا موضوع أيضا للقول الأول و الثانى، أعنى: تقديم بينه الأقل للأصل أو تقديم بينه الأكثر بحجة أنها مثبتة، إذ هذه الأقوال تناسب رفع النزاع إلى الحاكم و مثله القول الخامس، فكان على الشيخ تبين محل البحث من حيث العموم و الخصوص، و لكته ذكر الأقوال و أكملها السيد الطباطبائى فى التعليقه بلا تبين لمحل النزاع.

٢- الظاهر من المقوم هو القسم الثانى و هو ما إذا أخبر عن قيمة الشىء بحدس و اجتهاد و لم يكن للقيمة واقع محفوظ، و كأنه هو المقوم، و أما الأول و الثالث، فهما مخبران لا مقومان.

٣- إن الأصل فى الطرق و الامارات فى التعارض هو السقوط إلما إذا دلّ الدليل على الأخذ بالأرجح أو التخيير كما هو الحال فى الطرق و الامارات المتضمنة للأحكام الشرعية، و أما غيرها كما فى المقام، فالأصل هو السقوط و الرجوع إلى القواعد الآخر و لم يدل دليل على اعتبارهما حتى يعالجا باحدى الطرق المذكورة.

٤- إن دليل أكثر الأقوال المذكورة ضعيف جدا.

أما الأول: فلأنّ تقديم بينه الأقل بالأصل، فرع بقاء حجيتهما عند التعارض أولا، و صحه ترجيح الامارة بالأصل ثانيا و هو كما ترى. أما الثانى: فلأنه مبنى على كون بينه الأكثر مثبتة و بينه الآخر ساكته، مع أنه ليس كذلك بل الثانى أيضا ناف يرى الزائد ظلما على البائع.

أما الثالث: فالرجوع إلى القرعة إنما هو فيما إذا كان هناك واقع محفوظ

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٣٩

اختلف الطرفان فيه كما فى قسمى الأول و الثالث دون الثانى الذى ليس هناك واقع مضبوط إذ المبيع شىء شخصى ليس له نظير و إنما يقوم بالحدس و القياس بالمشابهات. اللهم إلا أن يقال بعمومية حجية القرعة لما إذا لم يكن هناك واقع محفوظ. أمّا الرابع: فالرجوع إلى الصلح فيما إذا لم يكن له طريق قاطع للنزاع كما فى دوران الدينار بين شخصين لا فى مثل المقام الذى هو صالح لاجراء البراءة.

أما الخامس: فهو يختص بما إذا رفع النزاع إلى الحاكم و أقاما بينه، و لكن محل النزاع أعم، أو فيما إذا أراد البائع إفراغ ذمته، فاختلف المقومان.

و أمّا السادس: أعنى وجوب الجمع فقد عرفت عدم الدليل عليه، و الوجه السابع هو المختار كما سيوافيك و الترجيح بالأعدلية و الأكثرية كما فى الثامن يتوقف على الغاء الخصوصية لأنهما وردتا فى الامارات الدالة على الأحكام لا الموضوعات، و قد عرفت حال الوجه التاسع و العاشر إذا عرفت ذلك فنقول:

إنّ البحث يقع تارة فى القسم الثانى من أقسام المقوم الذى هو التحقيق بتسميته مقوماً و أخرى فى الأول و الثالث. أمّا الثانى فيعلم حكمه من بيان حكم مسألة أخرى و هى:

إذا أتلّف مال الغير، و كان قيمياً، و تعددت قيمته فى السوق تعدداً حقيقياً قبله المتبايعان و ليس هذا أمراً بديعاً. لأنّه ربّما يباع الشىء فى مركز المدينة بقيمة و فى غيره بقيمة أخرى، فلو أراد المتلف ابراء الذمة فأدى الأقلّ من القيمتين، فقد أفرغ ذمته بادائه و لا يتوقف على أداء الأكثر، لأنّ المفروض أنّ كل واحدة منهما قيمة للجنس حقيقة، لا أنّ احدهما قيمة و الأخرى بدل، فإذا كان كذلك، و صدق

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٠

عليه أنّه أدّى قيمة التالف، فقد قام بواجبه.

و لو فرضنا أنّه حاول فى هذه الظروف أداء الارش و لكل من الصحيح و المعيب قيمتان متعددتان حقيقتان، فأخذ الأقلّ من القيمتين و أدّى الارش بتلك النسبة، فقد أدّى الارش و صدق عليه أنّه أدّى التفاوت.

فإذا كان هذا حال ما إذا تعددت قيمة الجنس فى البلد واقعا فليكن مثله فيما إذا اختلف المقومان فى الصورة الثانية، و ذلك لأنّ تقويم المقومين بقيمتين مختلفتين، فى المبيع الذى ليس فيه مقياس معين، و ضابط رسمى، يجعل المبيع من قبيل ما إذا تعددت القيم حقيقة، و ذلك لأنّه ليس فى المقام واقع محفوظ، حتى تكون إحدى القيمتين مطابقه له، و الأخرى مخالفة بل الواقعية تدور مدار تشخيص المقوم الخبير الذى يقومه حسب ممارسته المشابهات، فتصير كل واحدة قيمة رسمية، و يكون من باب تعدد القيم. فيجرى فيه ما يجرى فيه فلو اختار إحدى القيمتين و أدّى الواجب بنسبتها يصدق عليه أنّه أدّى التفاوت بين قيمتى الصحيح و المعيب. و معه لا يصح استصحاب اشتغال الذمة - مضافا إلى أنّه لا يثبت وجوب الأكثر، و لا التمسك بالكبرى من أنّه يجب أن يدفع البائع، تفاوت ما نقص لأنّ المفروض أنّه أدّى ذلك التفاوت.

هذا كلّه فى القسم الثانى، و أمّا الأوّل و الثالث من الأقسام فبما أنّ حجّيتهما من باب الطريقية فيسقط كل واحد منهما عن الحجية، كما هو شأن كل أمانة اعتبرت من باب الطريقية، و لا دليل على الأخذ بأحدهما - مثل ما ورد فى تعارض الامارات فى مورد الأحكام - و لا جمع بينهما، فتصل النوبة إلى الأصل و هى البراءة للشك فى اشتغال ذمّة البائع بأزيد مما يقوم به أحد المقومين، و استصحاب اشتغال الذمة لا يثبت لزوم دفع الأكثر، لكونه مثبتا بالنظر إليه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤١

و ما ذكر من الآيات، لا يدل كون العدل و القسط، هو الجمع بين القيمتين، بل العدل هو أن لا يأخذ المشتري ما لم يثبت الاشتغال به و رواية عبد الله بن عمر مضافا إلى أنّها خبر واحد، مختصة بموردها.

و أقصى ما يمكن أن يقال فى تصحيح اختلافهما، أنّهما يحكيان عن تعدد القيم فى السوق فيجرى فيه ما ذكرنا هناك.

هذا كلّه إذا لم يرفع النزاع إلى الحاكم، و إلّا فالحق تقديم بينة المدعى على بينة المنكر لأنّ إقامة البينة من وظائف المدعى لا المنكر، و هو المشتري فى المقام فيؤخذ بالأكثر دون الأقل، و أمّا على القول بسماع بينته أيضا فيدخل فى باب تعارض البينات و هى مسألة طويلة الذيل لا يسع المجال لتفصيلها و إن كان الأقوى فيه هو الرجوع إلى القرعة، و التفصيل فى محلّه.

ثمّ إنّ على القول بأنّ الواجب هو الجمع بين القيمتين، فهناك طريقتان أحدهما هو المشهور و الآخر للشهيد، و ربّما يتفقان، و أخرى يفترقان.

أما المشهور فقالوا: إنه يؤخذ من القيمتين للصحيح نصفهما، و من الثلاث لثنتهما و من الأربع ربعهما و هكذا فى المعيب ثم تلاحظ التفاوت بين المأخوذ للصحيح و المأخوذ للمعيب و يؤخذ بتلك النسبة من الثمن، فإذا كان أحد قيمتى الصحيح ١٢ ديناراً، و الآخر ٦ دنانير، و أحد قيمتى المعيب ٤ دنانير، و الآخر ديناران، تجمع قيمتا الصحيح ٦+١٢ فيصيران ١٨ ديناراً فيؤخذ نصفه أى ٩ دنانير، و مثله قيمتا المعيب تجمعان ٢+٤ فتصيران ٦، فيؤخذ نصفه أى ٣، و التفاوت بين القيمتين بالثلثين، فيكون الارش ثلثا الثمن. و هذا النهج هو الذى يؤيده خبر عبد الله بن عمر الأنف ذكره.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٢

و أمّا المنقول عن الشهيد- كما فى الروضة البهية- و هو أن يرجع إلى البينة فى مقدار التفاوت و يجمع بين البيئات فيه، من غير ملاحظة القيم، فقد يتحدان من حيث النتيجة كما فى المثال المتقدم فإنّ التفاوت بين القيمتين، هو الثلثان فإن أحد المقومين، قوم الصحيح ١٢ ديناراً، و المعيب ٤ دنانير، و الآخر قوم الصحيح ٦ دنانير و المعيب ديناران، و النسبة فى كليهما، هو الثلثان، فيجمعان ثم يقسمان إلى النصف حسب تعداد التقويم فيكون الارش هو الثلثان من الثمن.

و قد يفترقان فتارة تزيد طريقة الشهيد على الأخرى و قد تنقص، و قد ذكر الشيخ مثالا لكل واحد. و بما أن الجمع ليس واجبا عندنا فلا ضرورة للخوض فى ترجيح أحد الطريقتين على الآخر.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٣

الفصل العاشر شروط صحة الشرط

إشارة

أ أن يكون داخلا تحت القدرة.

ب أن يكون الشرط سائغا.

ج أن يكون الشرط عقلائيا.

د أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة.

ه ما هى الضابطة فى تمييز المخالف؟

و أن لا يكون مخالفا لمقتضى العقد، و يبحث عن أمور:

أ- ما هو المراد من المخالف لمقتضى العقد؟

ب- ما هو الدليل على هذا الشرط؟

ج- فى بيان حال بعض الشروط.

د إذا شك فى كون الشرط مخالفا أو موافقا.

ه أن لا يكون مجهولا جهالة توجب الغرر.

و أن لا يكون مستلزما للمحال.

ز أن يلتزم به فى متن العقد.

ح أن يكون منجزا لا معلقا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٥

فى شروط صحة الشرط دراسة أحكام الشروط، صحة و فسادا عقيب الخيارات، كانت تستدعى البحث عن خيار تخلف الشرط أولا،

ثم إردافه بالبحث عن أحكامها ثانيا، و لم يسبق من الشيخ البحث عن خيار تخلف الشرط فيبدو أنه كتب رسالة مستقلة في أحكام الشروط، فألحقها بالخيارات، كما استظهره السيد الطباطبائي - قدس سرّه - و يحتمل أنه اكتفى في ذلك المجال بما سيأتي عنه في مسألة «حكم الشرط الصحيح» فقد تعرّض هناك بأحكام الشروط و منها أحكام تخلفه التي منها الخيار فلاحظ، و على كلّ تقدير فقد ذكروا شروطا لصحة الشرط المأخوذ في العقود و الايقاعات.

و إليك البيان:

الشرط الأول: أن يكون داخلا تحت القدرة:

قال المحقق: «لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره كبيع الزرع على أن يجعله سنبلًا و الرطب على أن يجعله تمرا و لا بأس باشتراط تبقيته» و هل مراده جعل الله أو جعل المشتري؟ فيه تردد.

و قال في الحدائق: «و كذا يبطل الشرط باشتراط غير المقدور للمشروط عليه كاشتراط حمل الدابة في ما بعد، أو أن الزرع يبلغ السنبل، سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أو بفعل الله تعالى لاشتراكهما في عدم المقدورية» (١).

(١) - الحدائق: ١٩ / ٦٧.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٤٤

ليس المقصود من عنوان البحث (أن يكون داخلا تحت القدرة) التحرز عن الممتنع عقلا كالجمع بين الضدين أو عادة كالطيران إلى الهواء بلا سبب، بل المراد التحرز عن اشتراط فعل الغير، الخارج عن اختيار المتعاقدين، المحتمل وقوعه في المستقبل، و ارتباط العقد به و ذلك لأنّ الأول ممّا لا يرتكبه العقلاء حتى يحترز عنه، بخلاف الثاني، فإنّه أمر صحيح مطلوب لهم و هو أولى من الاشتراط بالوصف الحالى المجهول تحقّقه ككون الحيوان حاملا فعلا، هذا ما ذكره الشيخ الأعظم، ثم استدل على بطلان اشتراط فعل الغير، بعدم القدرة على تسليمه (الشرط) و لا على تسليم المبيع إذا أخذ متصفا به لأنّ تحقّق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق، و لا يناط بإرادة المشروط عليه فيلزم الغرر في العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحقيقه.

ثمّ لما التفت إلى أنّ نفس التالي (الغرر) موجود فيما لو اشترط وصفا حاليا لا يعلم تحقّقه في المبيع كاشتراط كونه حاملا بالفعل (مقابل كونه حاملا في المستقبل) أجب بالفرق بين المقامين بوجود البناء على التحقّق في الأوّل فيكون الشرط بمنزلة توصيف المبيع به، بخلاف الثاني.

يلاحظ عليه: أولا: أنّ تعليل بطلان هذا النوع من الاشتراط باستلزامه الغرر يستلزم دخوله في الشرط السادس الذي يذكره الشيخ و هو: أن لا يكون مجهولا جهالة توجب الغرر فلا وجه لذكره مستقلا، فالأولى الاكتفاء بما ذكره أولا من عدم القدرة على تسليمه أو تسليم المبيع إذا أخذ متصفا به، و سيجيء الكلام فيه أيضا.

و ثانيا: لو كان السبب هو الجهالة و الغرر لما كان هنا فرق بين الوصف الحالى و الاستقبالى، و بناء المتعاملين على حصول الشرط حاليا لا يرفع الغرر ما لم يحصل الاطمئنان، و لو حصل لكفى في كلا المقامين و لعل البناء من المتعاملين على وجود

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٤٧

الوصف عبارة أخرى عن الاطمئنان بوجوده و التفريق بين التوصيف و الاشتراط بالصحة في الأوّل دون الثاني، كما ترى لكون نسبتها إلى الغرر سواسية. و بالجملة لا فرق بين الحالى و الاستقبالى، كما لا فرق بين التوصيف و الاشتراط في الغرر و عدمه و لا يرتفع الغرر إلّا بالاطمئنان فقط.

و أمّا حديث عدم القدرة على التسليم، ففيه مجال للتأمل، فلو شرط فعل الغير و كانت هناك مظنة للتحقق، كما إذا كان الغير عبدا أو

أمة له أو ولدا أو أخوا أو صديقا يلبون دعوته، و يقضون طلبه، بلا ترو و تردّد، فلا مانع من اشتراطه حتى مثل جعل الزرع سنبلًا و البسر تمرًا و الدابة حاملًا، إذا كانت القرائن مفيدة للاطمئنان بحصول الشرط. و بالجملة الملا-ك كون الاشتراط أمرا عقلائيًا، يرتكبه العقلاء، و لذلك لو اشترط عمل شخص ثالث لا صلة له بهما، و لم يعلم من حاله القيام به و عدمه، يعد الاشتراط أمرا غير عقلائي، و يكون الشرط باطلا، لعدم شمول أدلة الامضاء له.

و بذلك ظهر أنه لا- وجه لهذا الشرط، سواء أريد منه، كونه مقدورا فى مقابل الأمر المحال كالجمع بين الضدين و قد عرفت أنّ العقلاء لا يشترطونه حتى يحترز عنه أو أريد منه كونه فعلا لأحد المتبايعين فى مقابل كونه فعلا للثالث كما اختاره الشيخ لأنّ اشتراطه إمّا لأجل كون مقابله مستلزما للغرر، فهو يرجع إلى الشرط السادس، و إمّا لأجل كون مقابله مستلزما لعدم القدرة على التسليم، فقد قلنا بكفاية الاطمئنان على ما عرفت.

ثمّ إنّ الفقهاء ذكروا لعدم القدرة على التسليم موارد نذكرها:

١- اشتراط ما ليس لأحد المتعاقدين فيه دخل كاشتراط كون الحامل تضع فى شهر كذا و قد عرفت حال أمثاله.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٨

٢- اشتراط ما ليس المشروط عليه مستقلا فيه، كاشتراط بيع المبيع من زيد، فرّما يفصل بين إرادة الايجاب فقط و إرادة المجموع منه و من القبول، فيصح الأوّل دون الثانى، و الظاهر الصحّة مطلقا إذا كان هناك وثوق بتحقق الشرط فى ظرفه فلا يعد مثل ذلك أمرا غير مقدور مطلقا، سواء امتنع عن القبول أو لا، كان العجز طارئا أو سابقا خلافا لصاحب الجواهر حيث قال: نعم يمكن القول بالبطان، لو انكشف عدم القدرة عليه حال الاشتراط «١».

يلاحظ عليه: أنّه إذا كان الميزان كون الاشتراط عقلائيا يكفى الاطمئنان حال الاشتراط، و إن كان العجز متحققا فى الواقع غاية الأمر يكون للشارط الخيار، إذا كان خلفا أو تخلفا.

و بذلك يعلم أنّ الملاك فى المقدورية هو المقدورية الظاهرية لا الواقعية، فلو تبين الخلاف يكون الشرط صحيحا و يعد من باب التخلف فيكون للمشروط له الخيار، بخلاف ما لو قلنا بأنّ الملاك هو المقدورية الواقعية فيكون الشرط فاسدا، إذا كان العجز متحققا عند الاشتراط، فيأتى البحث عن حكم الشرط الفاسد بأنّه يفسد أو لا.

٣- ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة متروجة أو الزوجة مطلقّة، و الحق فيه التفصيل كما أشار إليه الشيخ و غيره و هو:

ألف: ما يكفى فى تحقّقه كل سبب حتى مثل الاشتراط فى ضمن العقد، كجواز الإقامة فى داره و هذا خارج عن محط البحث.

(١)- الجواهر: ٢٣ / ٢٠٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٩

ب: ما لا يكفى فى تحقّقه الاشتراط، و لكن المقصود ايجادها بالسبب كالنكاح و الطلاق.

ج: تلك الصورة من غير التفات إلى ايجادها بسبب و عدمه فالظاهر الصحّة، لأنّه نظير اشتراط الأفعال التوليدية كالانعتاق، فلو اشترط كون العبد معتقا بلا تقييده بعدم السبب، يصحّ لكونه مقدورا للمشروط عليه بايجاد سببه.

د: تلك الصورة و لكن قيد تحقّقها بنفس الاشتراط بلا سبب وراء الاشتراط فلا شك فى بطلان الشرط لكونه مخالفا للشرع لا لكونه غير مقدور لأنّ الانعتاق يحصل لدى العقلاء بنفس اشتراطه فى العقد، لكنّه غير كاف عند الشرع فلا يعد مثل ذلك إلّا مخالفا للشرع و الكتاب و السنّة لا غير مقدور.

يشترط فى صحه الشرط كونه سائغا فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا، لعدم نفوذه لقولهم: «إن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما» (١).
وقد أورد على هذا الشرط بأن مرجعه إلى الشرط الرابع، أعنى: ما لا يكون مخالفا للكتاب و السنه.
أقول: يمكن التفريق بين الشرطين بوجوه:

(١)- الوسائل: ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيارات، الحديث ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥٠

١- أن الشرط تارة يطلق و يراد منه المعنى المصدرى الذى هو المعنى الحقيقى أى نفس الالتزام و التعهد و التقيد، و أخرى نفس الملتزم الذى هو المعنى المجازى أى العمل الذى يقوم به المشروط عليه فالشرط الثانى يهدف إلى كون نفس الالتزام حلالا سواء أ كان الملتزم حلالا أيضا أم لا بخلاف الشرط الرابع فإنه ناظر إلى عدم كون الملتزم محرما تكليفا و وضعيا.
يلاحظ عليه: أن حرمة الالتزام مع كون الملتزم حلالا أمر نادر غير متحقق إلا فى مورد نهى الوالد و الحاكم و لا يصح الحمل عليه، و حرمة مع كون الملتزم كذلك و إن كان شائعا كالاتزام بجعل العنب خمرا، لكن الشرط الرابع مغن عنه، للملازمة بين حرمة الملتزم و حرمة الالتزام.

٢- تخصيص الشرط الثانى بالحلية التكليفية كالمثال المزبور، و حمل الشرط الرابع بالحلية الوضعية حذرا عن رقية الحر، و كون الأجنبى وارثا.

يلاحظ عليه: أن مورد الشرط الرابع أعم فى لسان الروايات و كلمات الفقهاء.

٣- تخصيص الشرط الثانى بعدم المخالفة مع السنه، و الرابع بعدم المخالفة مع الكتاب.

يلاحظ عليه: أن مورد الرابع أعم كما سيوافيك فالحق الغناء عن هذا الشرط كالشرط الأول.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥١

الشرط الثالث: أن يكون الشرط عقليا:

يشترط فى صحه الاشتراط أن يكون عقليا و يتعلّق به غرض و لا يعدّ لغوا، فخرج مثل اشتراط الكيل بمكيال أو الوزن بميزان معينين، مع مساواتهما بسائر المكاييل و الموازين الصناعية الدقيقة، و لا يشترط كونه موجبا للزيادة المالية كما فى التذكرة بل يكفى أن يكون الاشتراط فى نظر العرف أمرا صحيحا عقليا، فلو اشتراط كون العبد كافرا صحّ لأجل تعلّق الغرض به فى موارد خاصة، و توهم كونه مستلزما لاعلاء الكفر و اخفاض الإسلام كما ترى و إلا لما صحّ شراء العبد الكافر مع وجود المسلم.

و الدليل على لزوم كون الشرط عقليا عدم شمول أدلة الامضاء، أعنى:

المسلمون عند شروطهم إلا له.

و أمّا الاستدلال عليه بأن مثل ذلك لا يعدّ حقا للمشروط له حتى يتضرّر بتعدّره فيثبت له الخيار و يكون تركه ظلما فغير تام، لأن موضوع الوفاء هو الشرط لا الشرط الذى يوجد حقا و يعدّ تركه ظلما، و لعل هذه العناوين تنتزع من أدلة الوفاء، بعد شمولها للشرط الوارد فى كلام المتبايعين، فلا يصحّ أخذ ما هو متأخر عن تطبيق الدليل فى لسانه.

و بذلك يعلم أن اشتراط المعاملة بعمله و رقية خاصة مع كونها مساوية مع سائر العملات الورقية شرط غير عقلاى بل المعاملة بنية دفع الورق الخاص، بعد عدم الفرق بين المشروط و غيره غير مؤثر، فيكون حكم أمثال هذه المعاملات، حكم المعاملة على الذمة، و

إن كان الثمن مشخّصا لدى البائع. وذلك لأنّ قصد هذا الورق من العملة، دون ذاك، قصد عاطل لا طائل تحته، فلا يكون ملزما. و لما ذكرنا نتائج فقهية يصل إليها المتدبر.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٥٢

الشرط الرابع: أن لا يكون مخالفا للكتاب والسنة:

إشارة

من شرائط صحّة الشرط أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة، كما إذا اشترط كون الطلاق بيد الزوجه، أو رقيه حرّ، أو توريث أجنبي فلا يكون نافذا و تحقيق هذا الشرط يتوقف على سرد الروايات في المقام.

فقول: إن لسان الروايات على أصناف:

الأول: أن لا يكون مخالفا لكتاب الله:

١- عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: سمعته يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذي اشترط عليه ... «١».

٢- عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: المسلمون عند شروطهم إلّا كلّ شرط خالف كتاب الله عزّ و جلّ فلا يجوز «٢».

٣- عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الشرط في الإماء، لا تباع و لا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنّها تورّث، لأنّ كلّ شرط خالف الكتاب باطل «٣».

٤- الحلبي عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجلين اشتركا في مال و ربحا فيه ربحا و كان المال دينا عليهما، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال، و الربح لك و ما توى، فعليك؟ فقال: لا بأس به إذا اشترط عليه، و إن كان شرطا يخالف كتاب الله عزّ و جلّ فهو رد إلى كتاب الله عزّ و جلّ ... «٤».

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤، و سيأتي الحديث الثاني في القسم الثاني أيضا لأجل ذيله.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤، و سيأتي الحديث الثاني في القسم الثاني أيضا لأجل ذيله.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤، و سيأتي الحديث الثاني في القسم الثاني أيضا لأجل ذيله.

(٤)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٢ و ٣ و ٤، و سيأتي الحديث الثاني في القسم الثاني أيضا لأجل ذيله.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٥٣

٥- إبراهيم بن محرز قال: سألت رجلا أبا عبد الله - عليه السلام - و أنا عنده فقال:

رجل قال لامرأته: أمرك بيدك؟ قال: أنى يكون هذا و الله يقول: الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ لَيْسَ هَذَا بِشَيْءٍ «١».

و الحديث و إن لم يرد فيه لفظ المخالفة لكنّها مفهومه منه.

الثاني: أن يكون موافقا لكتاب الله:

٦- عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: سمعته يقول: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز

على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مِمَّا وافق كتاب الله عزَّ و جلَّ «٢» و هل يحكِّم الصدر على الذيل أو بالعكس، سيوافيك الكلام فيه.

٧- الحلبي عن أبى عبد الله- عليه السلام- أنه سئل عن رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك أو بتَّ عنك فأنت طالق؟ فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: من شرط لامرأته شرطاً سوى كتاب الله عزَّ و جلَّ لم يجز ذلك عليه و لاله «٣».

٨- روى البخارى عن عائشة قالت: جاءتنى بريرة فقالت: كاتبته أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى، فقالت: إن أحبوا أن أعدّها لهم، و يكون ولاؤك لى، فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها، فجاءت من عندهم و رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جالس فقالت: أتى قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن

(١)- الوسائل: ج ١٥، الباب ٤١، من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٦.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ١.

(٣)- المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ١٣ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

و رواه أيضاً عن ابن سنان فى الجزء ١٥ من الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥٤

يكون الولاء لهم، فسمع النبى صلى الله عليه و آله و سلم. فأخبرت عائشة النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقال: خذيها و اشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن اعتق. ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى الناس فحمد الله و أثنى عليه ثم قال: ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل و إن كان مائة شرط، قضاء الله أحقَّ و شرط الله أوثق، و إنما الولاء لمن أعتق «١».

و رواه فى دعائم الإسلام بلفظ آخر يلحقه بالقسم الأول قال: ... ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله، يبيع أحدهم الرقبة و يشترط الولاء، و الولاء لمن أعتق، و شرط الله له، كل شرط خالف كتاب الله فهو ردّ «٢»، و هو نظير رواية عبد الله بن سنان تشتمل على كلا المناطين و لا بد من التحكيم.

الثالث: أن لا يكون مخالفاً للسنة:

٩- محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «قضى على- عليه السلام- فى رجل تزوج امرأة و أصدقها، و اشترطت عليه أن يبدها الجماع و الطلاق؟ قال:

خالفت السنة و وليت حقاً ليست بأهله قال: فقضى على- عليه السلام- أن عليه الصداق و يبده الجماع و الطلاق و تلك السنة «٣».

١٠- ابن فضال عن ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى امرأة نكحها رجل فأصدقته المرأة و شرطت عليه أن يبدها الجماع

(١)- البخارى: الصحيح: ٣/ ١٩٢، باب الشروط فى الولاء، الحديث ١. و رواه البيهقى فى سننه ١٠/ ٢٩٥.

(٢)- شيخنا النورى فى المستدرک: ج ١٥، الباب ٣٠ من كتاب العتق، الحديث ٢.

(٣)- الفقيه: ٣/ ٢٦٩، برقم ١٢٧٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥٥

و الطلاق، فقال: خالف السنة، و لى الحق من لى أهله، و قضى أن على الرجل الصداق، و أن يبده الجماع و الطلاق و تلك السنة

«١».

١١- مروان بن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: قلت له: ما تقول فى رجل جعل أمر امرأته بيدها؟ قال: فقال لى: ولى الأمر من ليس أهله و خالف السنه و لم يجر النكاح «٢».

و سيوافيك الجمع بين اللسانين.

الرابع: أن لا يكون مخالفا لشرط الله:

يظهر من بعض الروايات أن المقياس، هو عدم المخالفة لشرط الله، أو موافقته له.

١٢- محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - قال: قضى على - عليه السلام - فى رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها، أو اتخذ عليها سرية فهى طالق، فقضى فى ذلك: أن شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفى لها بالشرط، و ان شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها «٣».

١٣- محمد بن قيس، عن أبي جعفر - عليه السلام - فى رجل تزوج امرأة و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهى طالق، فقضى فى ذلك: أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفى لها بما اشترط، و إن شاء أمسكها

(١)- الوسائل ج ١٥، الباب ٤٢ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ١.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٤١، من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٥.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ١٣، من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥٦

و اتخذ عليها و نكح عليها «١».

١٤- العياشى فى تفسيره: عن ابن مسلم عن أبي جعفر - عليه السلام - قال:

قضى أمير المؤمنين فى امرأة تزوجها رجل شرط عليها و على أهلها إن تزوج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فإنها طالق؟ فقال: شرط الله قبل شرطكم، إن شاء وفى بشرطه، و إن شاء أمسك امرأته و نكح عليها و تسرى عليها و هجرها إن أتت بسبيل ذلك قال الله تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَ ثَلَاثَ وَرَبَاعَ (النساء / ٣) و قال: إِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (النساء / ٢٤) و قال: وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ (النساء / ٣٤) «٢».

الخامس: أن لا يكون محرّما لحلال أو محلّلا لحرام:

١٥- اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه - عليه السلام -: إن على بن أبي طالب كان يقول: من شرط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطاً حراماً أو أحلّ حراماً «٣» و سيوافيك معنى الاستثناء.

السادس: عدم منع الكتاب و السنه عنه:

١٦- روى أبو المكارم فى الغنية: «الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنه» «٤».

(١)- الوسائل ج ١٥، الباب ٣٨ من أبواب المهور، الحديث ١.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٦، قد نقلت الآية فيها مصحفه فلاحظ.

(٣)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٤)- الغنية: ٥٨٧ فى فصل أسباب الخيار و مسقطاته.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥٧

حصيلة الروايات:

إشارة

- ١- إن اشتراط عدم بيع الأمة المشترأة و عدم هبتها ليس مخالفا للكتاب، لكن شرط عدم كونها مورثة مخالف له (الرواية الثالثة).
 - ٢- اشتراط كون الطلاق و الجماع بيدها مخالف للكتاب و عليه الرواية (٥ و ٩ و ١٠ و ١١).
 - ٣- اشتراط عدم التزويج و التسرى عليها ليس موافقا للكتاب كالرواية (٧) أو مخالف للكتاب كالرواية (١٢ و ١٣ و ١٤).
 - ٤- كون الولاء لغير المعتق ليس موافقا للكتاب.
- إذا عرفت ما ذكرنا يقع الكلام فى جهات:

الأولى: ما هو المراد من كتاب الله

فهل المراد هو القرآن المجيد أو مطلق ما كتب الله على عباده من أحكام الدين، و إن بينه على لسان رسوله، ذهب الشيخ إلى الثانى بشهادة ما فى النبوى من جعل اشتراط ولاء المملوك لبائعه مخالفا لكتاب الله، مع كون الكتاب العزيز خاليا منه فلا بد من تفسير الكتاب بما كتب الله على عباده.

يلاحظ عليه: أنه خلاف المتبادر من النصوص المتضافرة و أميا النبوى فالاستدلال مبنى على نقل دعائم الإسلام، مع أن الوارد فى صحيح البخارى و سنن البيهقى هو كل شرط ليس فى كتاب الله عز و جل فهو باطل، لا مخالفا لكتاب الله، و الأول صادق على كون الولاء لبائعه، لخلو الكتاب منه، فلا ضرورة لتفسير الكتاب بما كتب، نعم على حدّ تعبير الدعائم من عدّه مخالفا للكتاب المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٥٨

لا محيص من تفسيره بما كتب الله.

و الذى يسهل الخطب، انّ ذكر الكتاب لأجل كونه من أجلى المصادر للحكم الشرعى فالمناسبة المغروسة فى الأذهان تستدعى الغاء الخصوصية خصوصا بالنظر إلى الأصناف الآتية.

الثانية: هل الشرط عدم المخالفة للكتاب

كما هو مفاد الصنف الأوّل من الروايات أو الموافقة له، و الظاهر هو الأوّل، و قد اشتملت الرواية السادسة و الثامنة - حسب نقل الدعائم - على كلا- الملاكين، فىكون المراد من الموافقة، عدم المخالفة و إن أبيت إلّا عن اشتراط الموافقة، فيحمل على الموافقة لعموماته المرخصة إلّا ما إذا كان حراما نظير قوله سبحانه: هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً (البقرة/ ٢٩) و ما يشابهه و نظير المقام ما ورد فى حجية أخبار الآحاد، فدلّ بعضها على حجية موافق الكتاب، و أخرى على كون المخالف زخرفا و باطلا «١». و يؤيد ذلك أنّ دأب القرآن و ديدنه هو بيان المحرّمات، لا المحلّلات و ضعا و تكليفا، فمجزّد كونه غير مخالف للكتاب يكفى فى الحلّية و النفوذ، خصوصا أنّ الشروط بين المتعاقدين متوقّرة نوعا و صنفا فترقّب و ورودها بأنواعها و أصنافها فضلا عن أشخاصها فى الكتاب فى

غير موضعه، فتكون النتيجة مانعية المخالفة لا شرطية الموافقة فالناظر في الروايات يقدم مانعية المخالفة على شرطية الموافقة. هذا كله إذا أريد من الكتاب القرآن، و أما إذا أريد منه الدين و أنه رمز للشريعة الإسلامية الغراء فبما أن لكل موضوع حكما شرعيا في الشريعة، فلا واسطة بين عدم المخالفة و الموافقة، فإذا لم يكن مخالفا يكون موافقا قطعا.

(١) - الوسائل: ج ١٨، الباب ٩ من أبواب صفات القاضي.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٥٩

الثالثة: هل المراد من السنة الواردة في الصنف الثالث هو الحكم الوارد في لسان النبي،

مقابل وروده في الكتاب، أو المراد منه، هو الطريقة و الشريعة الإلهية سواء ورد في لسان النبي أم في القرآن؟ الظاهر هو الثاني لأنها وردت فيمن جعل الطلاق و الجماع بيد الزوجة، و دليل المخالفة هو قوله سبحانه: الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (النساء/ ٣٤)، و لأجل ذلك استند في رواية إبراهيم بن محرز «١» إلى قوله سبحانه: الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ، و هذا يعرب عن كون المراد منها هو الشريعة الواردة في المصدرين الرئيسيين:

و يؤيد ذلك ما ورد في الصنف الرابع من لزوم عدم المخالفة لشرط الله، فإن المراد من الشرط الوارد فيه هو حكم الله و الالتزام و التعهد الذي أخذه سبحانه على عباده بواسطة أنبيائه، فعند ذلك يستفاد من الروايات عدم مخالفة الشرط لحكم الله سبحانه على وجه الاطلاق سواء وصل إلينا عن طريق الكتاب أو سنة النبي أو بطريق من الطرق.

و الناظر في الأصناف الأربعة يقف على أن هدف الجميع هو عدم مخالفة الشرط للتشريع الإلهي و كيف لا يكون كذلك و قد قال سبحانه: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقَدَّمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ وَ اتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (الحجرات/ ١) إلى غير ذلك من الآيات الحاتة على عدم المخالفة للتشريع الإلهي.

بقي الكلام في الصنف الخامس الذي ذكر أن المانع هو تحريم الحلال و تحليل الحرام، أعنى: موثقة إسحاق بن عمار (الرواية الخامسة عشر).

(١) - لاحظ الرواية الخامسة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٦٠

و هل المراد منهما، الحلال و الحرام التكليفيان كتحریم الطيبات و تحليل الخبائث، على خلاف ما جاء في قوله سبحانه: يُجِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ (الأعراف/ ١٥٧) أو المراد خصوص الوضعي منهما، أو الأعم أي مطلق الجائز و الممنوع، الأعم من التكليفي و الوضعي، و تتضح الحال فيه في المستقبل عند البحث عن الجهة الخامسة.

الرابعة: هل الموصوف بالمخالفة هو الشرط أو المشروط!؟

إشارة

إن الشرط كما في القاموس بمعنى الالتزام و الالتزام و لعل الأول ناظر إلى الشارط، و الثاني إلى المشروط عليه. ذهب الشيخ الأعظم إلى أن الموصوف بمخالفة الكتاب تارة يكون الالتزام بما هو من دون أن يكون الملتزم مخالفا، و أخرى

الملتزم، و قد مثل للأول بالالتزام بترك التسرى و التزوج لصالح الزوجة التي تحتها، فإن الملتزم، أعنى: نفس الترك ليس بمخالف للكتاب فإن أقصاه، ترك المباح و هو جائز، لكن الالتزام مخالف للكتاب المبيح لهما بقوله: فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (النساء/ ٣) و قوله: إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (النساء/ ٢٤) و مثل للثاني بكون الحر أو ولده رقاً، و ثبوت الولاء لغير المعتق، أو توريث الأجنبي. ثم إن الشيخ استظهر أن المتصف بالمخالفة في بعض الروايات المتقدمة هو الالتزام، و أشار إلى موارد ثلاثة:

١- رواية ابن مسلم «١» حيث دل على كون اشتراط ترك التزوج و التسرى

(١)- الرواية الرابعة عشر: رواية العياشى عن ابن مسلم.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٦١

مخالفا للكتاب و ليس المخالف إلا الالتزام، لا نفس الترك كما هو واضح.

٢- موثقة إسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حراماً حلالاً، أو أحل حراماً فإنها ظاهرة في أن المراد من التحريم و التحليل ما هو فعل الشارط لا الشارع، و ما يعدّ فعلاً له، هو الالتزام و يلحقه الالتزام من المشروط عليه.

٣- مرسله الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع منه كتاب أو سنة، فإن الشرط فيه، بالمعنى المصدرى و الضمير في قوله «منه» يرجع إليه فيكون المعنى:

الالتزام و الالتزام جائز ما لم يمنع عنه كتاب أو سنة.

ملاحظات في كون الالتزام محرماً:

أظن أن الذى حمل الشيخ الأعظم على هذا التفسير إنما هو تفسير كون ترك التسرى و التزوج مخالفاً للكتاب و السنة و لولا الرواية الواردة في هذا المجال لما خطر بباله هذا التفسير، فحاول بهذا التفسير تصوير كونهما مخالفين للكتاب قائلاً بأن الالتزام بهما أمر محرّم و إن كان نفس الترك ليس بمحرّم. و مع ذلك يلاحظ على كلامه بوجوه:

١- الظاهر أن الشرط في جميع الروايات بمعنى المشروط و الملتزم، إطلاقاً مجازياً، و لم نجد في الفقه مورداً يكون الالتزام فيه حراماً مع كون الملتزم به مباحاً حتى الالتزام بترك التسرى و التزوج الوارد في الحديث فإنه ليس بمحرّم و ذلك لأن الالتزام بترك المباح و المستحب أو فعل المكروه ليس بمخالف للكتاب و إنما هو أخذ بأحد طرفي التخيير.

و أما الالتزام بترك الواجب و فعل المحرّم - مضافاً إلى أنه ليس بحرام و إنما

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٦٢

هو من مصاديق التجزى - أنه خارج عن محل الكلام فإن الكلام فيما إذا كان الملتزم أمراً مباحاً، لا محرماً.

و على ضوء ذلك فلا ملزم لتفسير الشرط فيها أو في بعضها بالالتزام و أما الاستشهاد بالموارد الثلاثة فنقول:

أما رواية العياشى: فلو صح الاستدلال بها فالذيل دال على أن المخالف للكتاب هو الملتزم بشهادة الاستدلال فيها بالآيات الثلاث على أن الشرط مخالف للكتاب فالمخالف لقوله سبحانه: فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنِي وَ ثَلَاثَ وَ رُبَاعَ هو نفس الملتزم، أى ترك التزوج بأزيد من واحد و المخالف لقوله سبحانه: إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ هو ترك التسرى، و المخالف لقوله:

و اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعُظُوهُنَّ وَ أَهْجُرُوهُنَّ وَ هُوَ تَرْكُ الْهَجْرِ إِذَا تَحَقَّقَ سَبَبُهُ، فاشتراط ترك التزوج و التسرى و الهجر عند النشوز، على خلاف الكتاب. هذا مفاد الرواية و أما عدم اضرار هذا النوع من المخالفة، مع أن الإمام عدّه شرطاً فاسداً فهو أمر آخر لا يكون سبباً لجعل الموصوف لها نفس الالتزام لا الملتزم كما صنعه الشيخ الأعظم. و الذى يسهل الخطب أنها ليست بحجة لارسالها كما

سيوافيك، و على فرض تسليم حجيتها فلها تفسير آخر كما سيأتى.

و أمّا موثقة إسحاق بن عمّار، فإنّ الظاهر هو الملتزم، و ذلك لأنّ قوله «شرط» مفعول به لقوله «شرط» لا مفعول مطلق و المراد من شرط شيئاً، أى ملتزماً.

و أمّا مرسله الغنية فمضافاً إلى ارسالها فغير متعيّنه فى كون الشرط بمعنى الالتزام، بل يصح إذا فسّر بمعنى الملتزم.

و الحاصل أنّ الروايات تهدف إلى القضايا و الأحكام التى يتعلّق بها الالتزام،

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٣

و تدل على أنّ الشروط الملتزم يجب أن تكون غير مخالفة لهما و لا صلة لها بما يكون نفس الالتزام به حراماً مع كون الملتزم مباحاً.

الخامسة: اشتراط ترك المباح ليس مخالفاً للكتاب:

هل يعدّ شرط ترك المباح أو ترك المستحب، و فعل المكروه و بعبارة مختصرة:

شرطها فعلاً- و تركاً مخالفاً للكتاب أو لا-؟ فالحق هو الثانى إذ لا- شك أنّ اشتراط أى عمل من الفعل و الترك يوجد ضيقاً على المشروط عليه و يخرج المشروط فى محيط التعامل عن حدّ التساوى، و هذا ما يسمّى بالإيجاب أو التحريم الشرطيين فلو كان المشروط عليه قبل الاشتراط مخيراً بين الفعل و الترك لخرج بعد الاتفاق، عن الحرّية و صار ملزماً بالفعل أو الترك. و بما أنّ الشرط الصحيح غير منحصر بفعل الواجب أو ترك الحرام، بل يعمّ فعل المباح و المستحب و المكروه أو تركها فلا يكون شرطها فعلاً أو تركاً مخالفاً للكتاب و لا تحريماً للحلال.

و إن شئت قلت: إنّ المفروض أنّ الشارع لم يلزم الأخذ بأحد الطرفين، بل أخبر عن التساوى أو رجحان أحد الطرفين، مع عدم لزوم الأخذ بهذا الرجحان فإذا شرط الشارع، فعل مباح أو تركه و مثله الآخرا، لا يعدّ شرطاً مخالفاً للكتاب، لأنّه أخذ بأحد الطرفين اللذين خيره الشارع فى مقام الأخذ بينهما، و ليس شرطية ترك المباح إلّا طلب تركه لما فيه مصلحته، لا تحريم الفعل عليه بأن يشترط عليه أن لا يكون المباح مباحاً أو المكروه مكروهاً أو المستحب مستحباً عليه حتى يقال إنّّه مخالف للكتاب، بل الشارع مع التكريم للتشريع الإسلامى، يطلب من الآخر أن يأخذ ذاك الطرف أو ذلك من دون أن تمس كرامته التشريع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٤٤

و الذى يدل على ذلك أنّه لو كان شرط هذه الأمور تركاً و فعلاً، مخالفاً للكتاب و السنّة، يلزم انحصار مورد صحّة الشرط فى اشتراط فعل الواجب و ترك الحرام، و من المعلوم بطلانه.

و تصوّر أنّ اشتراط الترك، تحريم للحلال أى المباح و أخويه فىكون داخلًا فى الاستثناء الوارد فى موثقة إسحاق بن عمّار غير تام، لأنّه تحريم شرطى لا ينافى حكم الشرع و لا يخالفه بل هو اتفاق منهما على الأخذ بأحد عدلى التخيير مع الاحترام الكامل بالتشريع الإسلامى. فعلى هذا، لا يعدّ ترك التسرى مخالفاً للكتاب مع أنّ ظاهر الروايات السابقة خلافه، فهذا هو الذى نظرته فى البحث التالى.

السادسة: هل اشتراط ترك التسرى و التزوّج مخالف للكتاب؟

إنّ وزان ترك التزوّج و التسرى و الهجرة، وزان سائر المباحات التى خيّر فيها المكلف بين الفعل و الترك، تخييراً تشريعياً، فالترام أحد الطرفين لأجل مصالح دنيوية، لا- يكون من قبيل تحريم الحلال، بل لا- يكون اشتراط جميع المباحات، تركاً و فعلاً من هذه المقولة فلو اشترطت الزوجة على الزوج أن لا يأكل البصل و كلّ ما له رائحة مؤذية ما دامت هى فى حبالبته، أو أن لا يقوم لصلاة الليل لكونها تؤدّى إلى انتباهها. لا يعدّ مخالفاً للشرع.

فإن قلت: إذا كان هذا وزان شرط ترك التسرى و التزوج، فلما ذا وصفا في بعض الروايات بما يوهم أنه خلاف الكتاب. قلت: قد وردت في المقام روايات سبعة تجب دراستها حتى يعلم أن اشتراطهما ليس مخالفا للكتاب و لو عدّ مخالفا فإنما هو لأمر آخر. إن الروايات

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٦٥

الواردة في الموضوع على أقسام ثلاثة:

ألف: ما يدل على صحّة الاشتراط.

ب: ما يدل على عدم صحّته لأجل بطلان ما يترتب عليه.

ج: ما يوهم عدم صحّته لنفسه.

أما القسم الأوّل فتدل عليه:

١- رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله أنه سأل أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل قال لغلّامه: اعتقتك على أن أزوّجك جاريتي هذه، فإن نكحت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك فنكح أو تسرّى، أ عليه مائة دينار و يجوز شرطه؟ قال: يجوز عليه شرطه «١».

٢- رواية محمد بن مسلم عن أحدهما - عليهما السلام - في الرجل يقول لعبد:

أعتقتك على أن أزوّجك ابنتي فإن تزوّجت عليها أو تسرّيت فعليك مائة دينار، فأعتقه على ذلك و زوجته فتسرّى أو تزوج. قال: عليه شرطه «٢».

و أما القسم الثاني: أعنى: ما يدل على أنّ بطلان الاشتراط لأجل ما يترتب عليه، و هو وقوع الطلاق بنفس عدم الوفاء بالشرط من دون حاجة إلى حضور العدلين و كونها في غير طهر الواقعة و غيرها من الشروط فهو عبارة عن ما يلي:

٣- رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله في رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسرّيت فهي طالق. قال: ليس ذلك بشيء إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: من

(١) - الوسائل: ج ١٦، الباب ١٢، من أبواب كتاب العتق، الحديث ١ و ٤.

(٢) - الوسائل: ج ١٦، الباب ١٢، من أبواب كتاب العتق، الحديث ١ و ٤.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٦٦

اشترط شرطا سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له و لا عليه «١».

٤- محمد بن قيس عن أبي جعفر - عليه السلام - في رجل تزوّج امرأة و شرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، فقضى في ذلك:

إن شرط الله قبل شرطكم فإن شاء و في لها بما اشترط و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها «٢».

و المراد من قوله: «شرط الله قبل شرطكم» لزوم كون الطلاق في حضور العدلين و كونها في طهر غير الواقعة و غيرها من الشرائط. نعم ظاهر قوله «فإن شاء و في لها بما اشترط...» إن الشرط ممّا يمكن الوفاء به و بما أنّ الشرط، أعنى: شرط النتيجة، لا يمكن الوفاء به. لا محيص من العدول عن هذا الظاهر، بالتفريق بين الجمليتين بحمل قوله: «شرط الله...» على توقّف الطلاق على الشروط، و حمل قوله «فإن شاء و في بما اشترط» على ترك التزوج و التسرى، لا يتزوج و لا يتسرّى حفظا للوئام.

و هذا النوع من الطلاق، هو المعروف بالطلاق المعلق أو الحلف عليه:

قال السبكي الشافعي: إنّ الطلاق المعلق، منه ما يعلق على وجه اليمين، و منه ما يعلق على غير وجه اليمين، فالطلاق المعلق على غير

وجه اليمين كقوله:

إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق، أو إن أعطيتنى ألفا فأنت طالق، و الذى على وجه اليمين كقوله: إن كلمت فلانا فأنت طالق، أو إن دخلت الدار فأنت طالق، و هو الذى يقصد به الحث أو المنع أو التصديق، فإذا علّق الطلاق على هذا الوجه ثم وجد المعلق عليه، وقع الطلاق «٣». أى على قاعدتهم.

(١)- الوسائل: الجزء ١٥، الباب ٣٨، من أبواب المهور، الحديث ٢ و ١.

(٢)- الوسائل: الجزء ١٥، الباب ٣٨، من أبواب المهور، الحديث ٢ و ١.

(٣)- الدرّة المضيئة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٦٧

و على هذا فالروايات وردت لردّ فتوى العامة القائلة بالجواز و قد تضافرت الروايات عن أئمة أهل البيت على أنّ الحلف على العتاق و الطلاق و صدقة الأموال باطل «١».

٥- و يقرب من هذا القسم: رواية حمادة أخت أبى عبيدة الحذاء قالت:

«سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن رجل تزوّج امرأة و شرط لها أن لا يتزوّج عليها و رضيت أنّ ذلك مهرها، قال أبو عبد الله- عليه السلام-: هذا شرط فاسد لا يكون النكاح إلّا على درهم أو درهمين «٢».

دلّت الرواية على أنّ فساد الشرط إنّما هو لأجل أنّه جعل نفس ترك التزوّج مهرا و أنّه لا يصلح له و لو كان نفس الشرط، فاسدا، لكان نسبة الفساد إليه أولى، لأنّ التعليل بالذاتى أولى من التعليل بالعرضى.

و على ضوء هذه الروايات الثلاث، إنّ اشتراطهما صحيح بشرط أن لا يترتب عليه أمر فاسد، كتحقّق الطلاق بلا شروطه أو صحّة النكاح بلا مهر أبدا.

٦- و مثله رواية زرارة: إنّ ضريسا كانت تحته بنت حمران، فجعل لها أن لا يتزوّج عليها و لا يتسرّى أبدا فى حياتها و لا بعد موتها، على أن جعلت له هى أن لا تتزوّج بعده أبدا و جعلها عليهما من الهدى و الحج و البدن و كل مال لهما فى المساكين إن لم يف كل واحد منهما لصاحبه، ثمّ إنّ أتى أبا عبد الله فذكر ذلك له، فقال: إنّ لابنة حمران لحقا و لن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحقّ، اذهب

(١)- الوسائل: ج ١٦، الباب ١٤ من أبواب كتاب الأيمان لاحظ روايات الباب.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٦٨

فتزوّج و تسرّفان ذلك ليس بشىء و ليس عليك و لا عليها، و ليس الذى صنعتما بشىء «١».

و الظاهر أنّ عدم النفوذ لأجل أنّه لا تكون الأموال صدقة بنفس الشرط «٢» فإنّها مثل الطلاق الذى يحتاج إلى قصد القرية و صيغته خاصة، هذا كلّه حول القسمين الأوّلين.

و أمّا القسم الثالث: أى ما يبدو منه كون نفس الشرط فاسدا مخالفا للكتاب، لا باعتبار ما يترتب عليه من الطلاق. فهو رواية ابن مسلم التى رواها العياشى مرسلا و قد مرّت برقم ١٤ فصدرها ظاهر فى أنّ بطلان الشرط لأجل بطلان ما يترتب عليه حيث قال: «إن تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو أتى عليها سرية فإنّها طالق فقال: شرط الله قبل شرطكم، فهو مثل رواية محمد بن قيس. و لكنّ الذيل يوهم أو يدل على أنّ بطلان الشرط لأجل كونه مخالفا للكتاب، حيث أخذ الإمام يستدل على بطلان الشروط الثلاثة، بالآيات الواردة فيها.

و لكن الرواية مرسله أولاً، و مضطربة ثانياً، و مشتملة على لحن «٣» في نقل الآية ثالثاً ففيها: «و أحل لكم ما ملكت أيمانكم» مع أنّ الوارد في الكتاب: «وَأَمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (النساء/ ٣) و: إِذَا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (النساء/ ٢٢) و لا يمكن تصديق مضمونه رابعاً إذ من المعلوم أنّه ليس هنا أية مخالفة لا في الالتزام و لا في الملتزم، إلّا بوجه آخر سيجيء بيانه عند الكلام عن التحليل

(١)- الوسائل: ج ١٥، الباب ٢٠ من أبواب المهور، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٦ من كتاب الأيمان، الحديث ١٢.

(٣)- و يكون دليلاً على عدم كون الراوى ضابطاً في نقل الرواية.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٦٩

و التحريم.

إلى هنا اتضح أنّ اشتراط المباحات تركاً و فعلاً، بل ترك المستحبات و فعل المكروه، ممّا لا يعد مخالفاً للكتاب و لا محرّماً للحلال إلّا إذا كان على وجه يعد مخالفاً للكتاب و مصداقاً لتحريم الحلال كما سيوافيك بيانه عند البحث عن موثقة إسحاق بن عمار في الجهة السادسة.

السابعة: في تمييز المخالف عن الموافق:

إشارة

هذه الجهة من البحوث، لها الأهمية الخاصة و هي التعرّف على الضابطة التي يميّز بها المخالف عن الموافق، و قد أفاد الشيخ في بيان الضابطة ما يلي:

انّ حكم الموضوع قد يثبت له من حيث نفسه و مجرداً من ملاحظة عنوان آخر طارئ عليه و لازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا، و ثبوت حكم آخر له إذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع و مثال ذلك أغلب المباحات و المستحبات و المكروهات بل جميعها حيث إنّ تجويز الفعل و الترك إنّما هو من حيث ذات الفعل فلا ينافي طروء عنوان يوجب كالنذر أو كونه مقدمة لواجب.

و قد يثبت له لا- مع تجرّده عن ملاحظة العناوين الخارجة الطارئة عليه و لازم ذلك حصول التنافي بين ثبوت هذا الحكم، و ثبوت حكم آخر له، و هذا نظير أغلب المحرّمات و الواجبات فإنّ الحكم بالمنع عن الفعل أو الترك مطلق لا مقيد بحيثية تجرّد الموضوع إلّا عن بعض العناوين كالضرر و الحرج، فإذا فرض ورود حكم آخر من غير جهتهما فلا بدّ من وقوع التعارض بين دليلى الحكمين فيعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج- ثمّ قال:- إنّ المخالف للكتاب هو الشرط الوارد على القسم الثاني لا الأوّل.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٧٠

و لما كان جواز التزوّج و التسرّي من قبيل القسم الأوّل و كان لازم ذلك أن لا يعد تركهما مخالفاً للكتاب، و لكن الروايات السابقة، عدت اشتراط تركهما مخالفاً للكتاب، حاول توجيه الروايات بوجهين مذكورين في الكتاب.

و على ذلك فإن حصل للفقهاء التمييز و إلّا يرجع إلى الأصل و هو أصالة عدم المخالفة فيكون المرجع هو عموم «المؤمنون عند شروطهم» فإنّ الأصل ينقح موضوع المخصّص و يثبت أنّ المقام ليس من أقسام المخالف، فإذا شككنا في أنّ تسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن، من أيّ واحد من القسمين، يقول إنّ الأصل عدم ثبوت تسلط للزوج في صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن، نعم الأصل مرجع حيث لا يكون للدليل إطلاق كما هو الغالب «١».

و لب مراده: أن أدلة المباحات لها اطلاق افرادى يشمل الحكم جميع الأفراد مثل قولنا: الملح حلال و لكن ليس لها إطلاق أحوالى يعم جميع الحالات مثل نهى الوالد عنه و فى مثله يقدم حكم جميع العناوين الطارئة عليه، حتى الشرط من حيث وجوب الوفاء فيكون من باب التراحم فيقدم الأهم و ليس كلامه فيما إذا لم يكن لدليل الحلية أى إطلاق لا أفراديا و لا أحواليا إذ يلزم حينئذ عدم تأثير الشرط فى رفع الحكم مع أن المفروض من كلامه خلافه و هذا بخلاف أدلة المحرمات كلها، فلها الاطلاق فى كلا الجانبين فهى متعرضة لثبوت الحكم على جميع الأفراد حتى مع جميع الطوارئ إلما الضرر و الحرج فعندئذ يقع التعارض بينها و بين أدلة الطوارئ فيعمل بالراجع بنفسه أو بالخارج هذا بالنسبة إلى سائر الطوارئ،

(١)- الخيارات: ٢٧٧-٢٧٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٧١

و أما الشرط الطارئ فيقدم دليل الحكم على دليل وجوب الوفاء للنصوص المتضاربة. هذا توضيح مرامه.

يلاحظ عليه أولاً: أن الذى حمله إلى التقسيم الثنائى هو تعميم الشرط المخالف إلى الالتزام المخالف، و الملتزم المخالف، فجعل المباحات و اختيها من القسم الأول، فالمخالف فيها هو نفس الالتزام باللزوم فعلا أو تركا و أما الملتزم أعنى نفس الفعل أو الترك فليس مخالفا كما جعل المحرمات من قبيل القسم الثانى و على ضوء ما ذكرنا من كون الشرط بمعنى المشروط و الملتزم، لا ملزم لهذا التقسيم.

بل تكون الأحكام الشرعية التكليفية و الوضعية و الالزامية و غيرها فى درجة واحدة، فيكون كل ملتزم مخالف لها بتمام أقسامها مردودا، و سيوافيك بيان تصوير كون الملتزم مخالفا حتى فى المباحات و المستحبات و المكروهات و لا ينافيه الاتفاق على شرط المباح و أخويه فى العقد، فإن الممنوع غير الجائر فانتظر.

و ثانيا: لا فرق بين أدلة المحرمات و الواجبات و غيرها، فكما أن القسم الثانى ساكت عن ثبوت الحكم عند عروض الطوارئ، فهكذا القسم الأول، و ذلك لما أوضحناه فى محلّه من أن معنى الاطلاق ليس هو لحاظ سريان الحكم إلى جميع الحالات و الطوارئ بل معناه كون ما وقع تحت دائرة الحكم تمام الموضوع و ذلك فى كلا القسمين على حدّ سواء، فلو كان القسم الثانى من باب التراحم كان القسم الأول كذلك من غير فرق غاية الأمر يقدم حكم الطوارئ على المباحات، بخلافه فى المحرمات، و ذلك لأنّ المزاحم للواجب أو الحرام لا- يغلب عليهما إلّا إذا كان فى غاية القوّة مثل الضرر و الحرج، بخلاف مزاحم المباح فإنّ العنوان الطارئ إذا كان واجبا أو حراما يقدم عليه، فلا وجه فى جعل التقديم فى المباحات من باب

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٧٢

التراحم و الآخر من باب التعارض.

و ثالثا: انّ طروء عناوين النذر و العهد، و اليمين، لا- يغير الأحكام الثابتة للأفعال بما هى، فصلاة الليل إذا تعلق بها النذر، لا تكون واجبة، بل هى باقية على استحبابها و إنّما الواجب هو الوفاء بالنذر، و لا يتحقق الوفاء به إلّا بالاتباع بها بوصف كونها مستحبة.

فما يظهر منه- قدس سرّه- من أن الأحكام على قسمين قسم يقبل التغيير بالشرط لأجل تغيير موضوعه، و قسم لا يقبل كأنه فى غير محلّه، و قد أوضحنا حاله فى الأبحاث الأصولية عند البحث عن اجتماع الأمر و النهى فلاحظ.

و رابعا: إنّ الأصل الذى تمسك به أصل أزلّى، ليس بحجّية و قد أوضحنا حال أمثاله فى الأصول و قلنا: إنّ ما له حالة سابقة ليس موضوعا للحكم، و ما هو موضوع للحكم فاقد لها.

ما هي الضابطة فى تمييز المخالف عن غيره:

إن توصيف الشرط بالوفاق و الخلاف فى جميع الأحكام على حد سواء، فكل شرط يعد مخالفا للحكم الوارد فى الكتاب و السنة فهو مردود من غير فرق بين الازمات و غيرها و ما ليس كذلك فهو مقبول من دون أن يختص الخلاف بالازمات و الوفاق بغيرها بل نسبة الجميع إليهما على حد سواء.

توضيحه: الأحكام الشرعية الواردة فى الكتاب و السنة و أخبار العترة الطاهرة، كلها قوانين إلهية شرعت لإسعاد البشر، فلو عمل بها لساقته إلى أعلى درجات الكمال، و بما أن النبي الأكرم خاتم الأنبياء، و كتابه خاتم الكتب، و رسالته خاتمة الرسالات أضفى سبحانه لشريعته، وصف الثبات و البقاء إلى يوم

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٧٣

القيامه، فحلاله و حرامه باقيا إلى يوم البعث.

و لكن البشر الجاهل ربما يتلاعب بأحكامه سبحانه بطرق و حيل فيخالف ما سنه و شرعه، لكن بصورة قانونية، فيجمع - بزعمه - بين الهوى و الشرع، فأراد سبحانه أن يسد هذا الباب فى وجهه ليصون بذلك أحكامه عن التلاعب فحكم أنه:

١- ليس لأحد المتعاملين اشتراط ما خالف كتاب الله و سنة رسوله بحجة قوله سبحانه: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** (المائدة / ١).

٢- لا يصح الحلف على ما حرّمه سبحانه، لئلا يعصيه بحجة: **وَ احْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ** (المائدة / ٨٩).

٣- ليس لأحد نذر أمر حرام لئلا يرتكبه متمسكا بقوله: **يُوفُونَ بِالنَّذْرِ** (الانسان / ٧).

و لأجل ذلك تصافرت عنهم أنه لا يمين فى معصية «١» و لا نذر فى معصية «٢».

فأحكامه سبحانه، لها كرامتها الخاصة لا يصح التلاعب بها، و لا مسها بسوء، أى بهذه العناوين بل نسخها و تخصيصها أو تحديدها إلى أمد كالضرر و الحرج بيده سبحانه، ليس لأحد سواه أى تدخل فى شؤون التشريع.

فإذا كان الأمر كذلك فلا فرق بين الأحكام الوضعية و التكليفية، و لا بين الأحكام الازمات و غيرها فلا يجوز إيجاد أى خدش فيها. بل تجب صيانتها عن أى تصرف.

(١)- الوسائل: ج ١٦، الباب ١١ من كتاب الأيمان و الباب ١٧ من كتاب النذر و العهد.

(٢)- الوسائل: ج ١٦، الباب ١١ من كتاب الأيمان و الباب ١٧ من كتاب النذر و العهد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٧٤

[أقسام الأحكام الالهية]**إشارة**

إذا وقفت على ذلك فلنبحث عن كل واحد من الأقسام الثلاثة للأحكام الالهية و نبين وجه المخالفة حتى يتميّز المخالف عن ما ليس كذلك.

١- الأحكام الوضعية:

التشريع الإسلامى يتضمّن أحكاما وضعية فى مجال العقود و الايقاعات و السياسات فهى أحكام ثابتة ليس لنا مس كرامتها فى مورد،

أو موارد أو زمن خاص، فإليك بعض الأمثلة:

- ١- الولاء للمعتق، فجعله لغيره مخالف له.
- ٢- الطلاق و الجماع بيد الزوج فجعلهما بيد الزوجة يخالفه.

تبريزي، جعفر سبحاني، المختار في أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار في أحكام الخيار؛ ص: ٤٧٤

- ٣- التركة كلها تورث، فاشتراط عدم موروثية الأمة عند البيع، يخالفه «١».
 - ٤- التركة كلها للوارث، و تسهيم الأجنبي و توريثه يخالفه.
 - ٥- الزوج و الزوجة يتوارثان على ضابطة خاصة و اشتراط ضابطة أخرى في عقد النكاح يخالفها.
 - ٦- ولد الحر محكوم بالحرية و اشتراط رقيته عند تزويج الأمة إياه يخالفه.
- و بذلك تبين حال جميع الأحكام الوضعية فهي لا تقبل الخلاف و النقاش، و إليك البحث في الشروط التكليفية:

(١)- مرسله ابن سنان عن أبي عبد الله عن الشرط في الاماء: لا تباع و لا توهب، قال: يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث كل شرط خالف الكتاب فهو باطل، الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٧٥

٢- الأحكام التكليفية الالزامية:

إن الشرط المخالف للحكم التكليفي الالزامي يتصور على وجهين:

ألف: أن ينكح المرأة على أساس أن يحل له وطؤها في المحيض أو يحل ترك القسم، و ترك الوطء على أربعة أشهر إلى غير ذلك مما يعد عدوانا و تجاوزا على تشريعه سبحانه.

و هذا النوع من المخالفة غير رائج بين المسلمين و إنما ذكرناه لاستيعاب الأقسام و لو تعلق غرضه بمورد الشرط كالوطء في المحيض و ترك القسم، فإنما يتعلق بنفس العمل، لا حليته و هو القسم الآتي.

ب: يبيعه العنب و يشترط عليه جعله خمرا، أو يستأجر الأجير و يشترط عليه الافطار حتى يقوم بالعمل كاملا، إلى غير ذلك من الأمور المحرمة التي يطلب الشارط فعلها أو الواجبة التي يطلب تركها.

و هذا النوع من الاشتراط ذائع جدا و ما ذلك إلا لأجل أن الشارط لا يهمله إلا العمل الخارجي و هو لا يطلب سوى نفس العمل من الوطء و ترك القسم و جعل العنب خمرا، و ترك الصيام أيام عمله في المعمل سواء أ كان حلالا أم حراما، واجبا أم غير واجب. نعم ربما يتصور قصور شمول الروايات لهذا القسم، قائلا:

بأن نفس العمل ليس مخالفا للكتاب، و إنما فيه المخالفة له «١».

يلاحظ عليه: أن الموجود في الكتاب و إن كان هو الحكم الشرعي من الحرمة و الوجوب، و المشروط نفس العمل، أعني: جعل العنب خمرا و ترك الصيام، و أين

(١)- تعليقه المحقق الايرواني، قسم الخيارات: ٦٢.

العمل المشروط، من الحكم الموجود في الكتاب، لكنّه دقّة فلسفية غير مطروحة للعرف المخاطب بهذه الخطابات و الأحكام. فالعرف الدقيق إذا سمع قوله سبحانه: **وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ** (المائدة/ ٢) و قوله: **كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ** (البقرة/ ١٨٣) و رأى أنّ المتبايعين اتّفقا على تنفيذ جعل العنب خمرا، و ترك الفريضة (الصيام)، يحكم - بلا شك - أنّ الشرطين على خلاف الكتاب من دون التفات إلى أنّ الموجود في الكتاب حكم، و الملتزم به عمل، ما ذلك إلّا لأنّ المطلوب في الحكم هو العمل.

٣- الأحكام التكليفية غير الازامية:

و المراد منها الاباحة و أخواها، فلا يصح شرط ينتج منه تحليل الحرام، فإنّه مردود بموثقة إسحاق بن عمّار المتقدمة. و قد ورد مضمونها في باب الصلح و اليمين، أيضا روى الصدوق في الفقيه مراسلا قال: قال رسول الله: **البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه**، و الصلح جائز بين المسلمين إلّا صلحا أحلّ حراما و حرّم حلالا «١».

روى عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: لا تجوز يمين في تحليل حرام و لا تحريم حلال و لا قطعية رحم «٢».

روى أبو الربيع الشامي عن أبي عبد الله - عليه السلام -: لا تجوز يمين في تحليل حرام و لا تحريم حلال و لا قطعية رحم «٣».

(١)- الوسائل ج ١٣، الباب ٣ من كتاب الصلح، الحديث ٢.

(٢)- الوسائل ج ١٦، الباب ١١ من كتاب الأيمان، الحديث ٧ و ٦.

(٣)- الوسائل ج ١٦، الباب ١١ من كتاب الأيمان، الحديث ٧ و ٦.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٧٧

إنّما الكلام في تصوير المخالفة في هذا النوع من الأحكام.

إنّ الفقيه الباحث عن موثقة إسحاق بن عمّار غير غنى عن مراجعة الروايات الواردة في باب أنّ اليمين لا ينعقد في معصية. و قد اكتفينا بهذا المقدار.

يتصوّر اشتراط المباح و أخويه فعلا و تركا على وجهين:

١- أن يطارد الحكم الشرعي و ينازعه و يتدخّل في سلطان الله كأن يشترط أن يبدها الطلاق و الجماع، أو يبدها حقّ تعيين المسكن لا يبده، أو أن لا يكون للزوج حقّ التسري و التزوج إلى غير ذلك ممّا ينازع سلطان الله و تشريعه، فقد جعل الشارع، الطلاق و الجماع يبده، كما جعل حقّ تعيين المسكن له، كما أعطى له حقّ التزوج و التسري، فأى اشتراط يطارد ذلك الحقّ و يسلبه عن الزوج و يدفعه إلى الزوجة، أو يسلبه عنه، و إن لم يدفعه إلى الآخر، فهذا كلّ من قبيل تحريم الحلال.

و على هذا تحمل رواية ابن مسلم المرسله و إلّا فليس نفس الترك و لا الالتزام به أمرا محرّما، و إنّما المحرّم هو الاشتراط على نحو ينازع تشريعه سبحانه في سلب هذا الحقّ عن الزوج بعد ما أعطاه الله سبحانه.

٢- ما لا- يطارد الحكم الشرعي و لا- ينازعه، و هو أنّه إذا اشترط عليه أن يختار أحد الطرفين من الفعل و الترك ما دامت هي في حياتها، كما إذا اشترط عليه أن لا- يتزوج و لا يتسري عليها ما دامت في حبالته، لا بمعنى أنّه ليس له هذا الحق، بل مع تسليمه له، تشترط عليه أن يختار من الحلال ذاك الطرف، لا الطرف الآخر، أو اشترط عليه أن لا يخرجها من بلد والديها مع تسليم كون الحقّ له، فإنّ هذا النوع من الاشتراط ليس تحريما للحلال، و لا سلبا للحق، و لا يعدّ تدخّلا في تشريعه سبحانه.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٧٨

و بذلك تقدر على تمييز الموافق عن المخالف من دون حاجه إلى الميزان الذى ذكره الشيخ، فإن كل ملتزم يعدّ مخالفا لنفس التشريع بالدلاله المطابقه فهو شرط مخالف فى المجالات الثلاثه: الوضعيه، و التكليفيه الالزاميه، و التكليفيه غير الالزاميه، كما مرّ. و كل شرط لا يكون بالدلاله المطابقه مخالفا لما شرّعه الشارع فلا يعدّ مخالفا، كما إذا ألزمته على الأخذ بأحد طرفى الحلال طيله عمره.

و فى الختام نوّكد على أنّ تمييز الشرط الحلال عن الحرام أو عن ما فيه المعصيه، رهن دراسه مجموع ما ورد فى هذا المجال فى أبواب مختلفه، كالصلح، و الشروط، و اليمين، و النذر، و غير ذلك حتى يخرج بنتيجه واحده، و هى أنّ المقياس تطابق نفس الشرط أو مخالفته للكتاب و السنّه حرفا بحرف من دون حاجه إلى المقياس الذى أفاده الشيخ.

ثمّ إنّ الفارق بين ما ذكرنا و ما ذكره الشيخ من وجوه:

١- أنّ الخلاف و الوفاق وصفان للملتزم فى جميع الموارد.

٢- أنّ الملتزم يتّصف بأحد الأمرين إذا قيس إلى الحكم الموجود فى الكتاب و السنّه، مع قطع النظر عن أدلّه الشروط و اليمين و العهد و النذر، فإذا كان مخالفا يرد، دون ما إذا كان موافقا، و لا تصل النوبه إلى أدلّه الشروط حتى يقع التعارض أو التزاحم بين دليلي الحكمين.

٣- أنّ الشروط المخالفه، تردّ بحكم الأدلّه و أما الشروط الموافقه فلا تغيّر الموضوع حتى يتغيّر حكمه، بل الحكمان ثابتان كلّ على موضوعه، فهى الوالد عن أكل الملح لا يغيّر حكمه، بل الإطاعه تكون واجبه بترك أكل الملح المباح.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٧٩

٤- أنّ شرط المباح و المستحب و المكروه فعلا و تركا، لا يعدّ مخالفا للشريعه إلّا إذا تضمّن سلب الحق المشروع عن المشروع عليه، و على ذلك تحمل مرسله ابن مسلم التى أوجدت غلقا فى البحث و قد كُنّا عازمين على طرح نظريه المحقق النراقى فى العوائد و ما ذكره المحقق القمى، فاكثفينا بما حقّقناه و إن كان ما ذكرناه قريبا ممّا اختاره النراقى - قدّس سرّه - و أنت إذا تدبرت فيما ذكرناه فى المقام تقدر على القضاء فى سائر الكلمات.

الشرط الخامس: أن لا يكون مخالفا لمقتضى العقد:

إشارة

و تحقيق المقام يستدعى البحث عن أمور:

[الأمر] الأوّل: ما هو المراد من المخالف لمقتضى العقد؟

إنّ الشرط إمّا أن يكون مخالفا لماهية العقد، أو مخالفا لمقتضاه و منشئه، أو مخالفا للاحكام العرفيه أو الشرعيه.

فلو باع بلا- ثمن، أو آجر بلا- أجره فهو مخالف لماهية العقد، فإنّ البيع ربط بين المالىين و تبادل بينهما، و الاجاره ربط بين العين و الأجره، أو بين العمل و الأجره، و على كلّ تقدير يتقوّمان بمالىين، أو بعمل و مال، فالبيع بلا ثمن أو الاجاره بلا أجره أشبه بأسد لا رأس و لا بطن و لا رجل له، فمثل هذا الشرط يطارد ماهية العقد و حقيقه المعامله.

و لو باع و لكن شرط أن لا يملك المبيع أبدا بل ينعق، أو يكون وقفا أو ملكا لابنه و غير ذلك، يكون مخالفا لمقتضاه، و ذلك لأنّ مفاد عقد البيع، إنشاء ملكيه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٠

المثمن للمشتري بدل إنشاء ملكية الثمن للبائع، فلو باع مع اشتراط عدم تملك المشتري، المبيع مع خروج الثمن عن ملكه، يكون مناقضا لمقتضاه.

و لو باع و شرط عدم تسليمه إليه مطلقا، فالشرط و إن لم يكن منافيا لماهية العقد و لا مقتضاه فإن هناك تبادلا بين المالكين و إنشاء لمالكية كل من المتبايعين المثمن و الثمن، و لكن لما كانت الغاية من البيع هي السيطرة على المبيع، فاشتراط عدمها في نظر العرف مساوق لعدم مالكيته، فهي من اللوازم العرفية التي يساوق نفيها، نفي المقتضى و إن لم يكن في الواقع كذلك.

و نظيره ما إذا شرط عدم التصرف في المبيع طيلة عمره لا خارجيا و لا اعتباريا مثل العتق، فيكون مساوقا لعدم المالكية. نعم إذا شرط سلب بعض التصرفات ككونه مسلوب المنفعة سنة، أو شرط خصوص عدم بيعه أو إجارته، أو شرط بيعه من شخص خاص، مع عدم المنع عن سائر التصرفات، فلا يعد مخالفا لمقتضى العقد إذا كانت هناك منافع سائغة يبذل بإزائها الثمن و يباع الشيء و يشتري لأجلها، و ليس ذلك بمنزلة سلب السلطنة بل تحديد لها عن اذن و رغبة، و الحاصل أن المنافي عبارة عن إنشاء معاملة عارية عن الأثر المطلوب منها. و ليس المقام كذلك.

و لو نكح مع نفي بعض اللوازم الشرعية ككون الطلاق بيدها، فلا يعد مخالفا لمقتضى العقد، لعدم كون الطلاق بيده من مقومات النكاح أو من اللوازم التي يكون سلبها، ملازما لسلب المقتضى في نظر العرف و إن كان الشرع أكد عليه، بل يكون مثله مخالفا للكتاب و السنة.

و الحاصل أن هنا فرقا بين اللوازم العرفية غير المنفكة عن المقتضى في نظر العرف، و اللوازم الشرعية غير المنفكة عنه في نظر الشرع، و هو أن نفي اللازم العرفي

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٨١

يلتزم نفي المقتضى في نظر العرف فيأتي التضاد بين المدلول و الشرط فلا يكون الموضوع متحققا حتى يشمل العمومات بخلاف الثاني، فإن المقتضى يجتمع مع الشرط و عدمه عند العرف، و هذا يكفي في شمول العمومات له، و إن كانت الملازمة في نظر الشرع على حد لا ينفك عنده إذ ماله إلى فساد الشرط لا إلى فقدان المشروط، و أسماء المعاملات، أسماء للصحيحة عند العرف، و ما يظهر من الشيخ من عطف أحدهما على الآخر حيث قال: «إنما الاشكال في تشخيص آثار العقد التي لا يتخلف مطلق العقد في نظر العرف أو الشرع...» محل تأمل.

و لعل ما ذكرناه أوضح مما ذكره الشيخ و غيره من تقسيم الآثار إلى قسمين، قسم يعد أثرا لمطلق العقد، و مطلق البيع و الاجارة، فيكون سلبه، سلبا للعقد أو سلبا لمقتضاه لدى العرف، و قسم يعد أثرا للعقد المطلق، أي عقد المبيع و الاجارة إذا لم يقيد. كانصراف الثمن إلى النقد فإنه من آثار البيع المطلق دون مطلق البيع، فإذا قيد بالتأخير، يبطل الاطلاق. هذا كله حول التعريف بالصغرى أي تمييز المخالف عن الموافق.

[الأمر] الثاني: ما هو الدليل على هذا الشرط؟

استدل الشيخ على شرطيته بوجهين:

ألف: وقوع التنافي في العقد المقيّد بهذا الشرط بين مقتضاه الذي لا يتخلف عنه، و بين الشرط الملازم لعدم تحققه. فيدور الأمر بين أمور:

١- الوفاء بالمشروط و الشرط معا، و هو مستحيل للمطاردة بينهما.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٤٨٢

٢- الوفاء بالشرط دون المشروط، و هو مثله لعدم امكان الوفاء به من دون المشروط.

٣- الوفاء بالمتبوع دون التابع.

٤- أن يحكم بتساقطهما.

و على كل تقدير يسقط العمل بالشرط.

ب: أن الشرط المنافى، مخالف للكتاب و السنّة الدالّين على عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشترط تخلفه عنه، مخالف للكتاب. يلاحظ عليه: أن مرجعه إلى الشرط الرابع، مع أن المفروض كونه شرطا مستقلا.

[الأمر] الثالث: فى بيان حال بعض الشروط:

إشارة

اختلفت كلماتهم فى بعض الشروط، فعده بعضهم مخالفا، و البعض الآخر موافقا، و قد استعرضه الشيخ الأعظم بالبحث. و الظاهر أنّ تشخيص الصغريات ليس أمرا صعبا، فإنّ الشرط لو كان مخالفا لمقوم العقد أو مقتضاه أو ما هو كالمقتضى عند العرف كالتسليم بعد العقد، يكون مخالفا لمقتضاه، و إلّا فإن كان للدليل الدال على الأثر اطلاق لا ينفك عنه فى حالتى الاشتراط و عدمه، ككون الطلاق بيد الرجل، يكون اشتراط عدمه مخالفا للدليل الشرعى و يرجع إلى مخالفة الكتاب و السنّة، و إن لم يكن له اطلاق يؤخذ بعموم لزوم الوفاء بالشرط. هذا هو محصل النظر فى المقام.

و مع ذلك فقد طرح الشيخ موارد للبحث و نحن نقف عليه:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٣

١- اشتراط عدم البيع:

هل يجوز اشتراط عدم البيع كما حكى عن العلامة (١) أو لا- كما نسب إلى المشهور؟ و التحقيق هو الأوّل لأنّ جواز البيع من آثار السلطنة و فروعها، و الالتزام بعدم بيعه ليس إلّا تحديدا للسلطنة عن رضا و رغبة، و مثله لا يعدّ مخالفا لمقتضى العقد، نعم لو شرط ما يرجع إلى سلب جميع الصلاحيات المفروضة للمالك، بحيث تكون المعاملة عارية عن الأثر، لكان مناقضا له.

هذا إذا اشترط عدمه، و أمّا إذا كان الشرط عدم جواز البيع، فهو يرجع إلى كونه مخالف للكتاب و السنّة و تحريم الحلال، و منه يظهر الحال فيما إذا اشترط نفس البيع و العتق و الوقف بلا مسّ لحكمها فى الشرع. أو اشترط وجوبها، و الأوّل صحيح مرجعه إلى تحديد السلطنة، و الثانى باطل، مرجعه إلى خلاف الكتاب.

٢- الشركة فى الربح دون الخسران:

مقتضى الشركة، و اشاعة المال: أن يكون الربح و الخسران واردين على المال حسب نسبة السهام. و الشرط المخالف له، تارة فى جانب الربح، و أخرى فى جانب الخسران و إليك الصور:

ألف: الاختلاف فى نسبة الربح، فلو كانا شريكين بالمناصفة، فاشترط تقسيم الربح أثلاثا.

ب: أن يكون الربح لأحدهما دون الآخر.

(١) - الجواهر: ٢٣ / ٢١٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٤

ج: إذا خسر المال فالخسران يقسم أثلاثا.

د: إذا خسر فالخسران لأحدهما دون الآخر.

و هناك صور أخرى تعلم حكمها مما نذكره فنقول:

نقل عن ابن إدريس المنع، قائلا: بأن هذه الشروط منافية لمقتضى الشركة.

و أجاب عنه الشهيد فى الدروس: بأن المساواة فى الربح و الخسران حسب نسبة السهام من آثار عقد الشركة المطلق، و الاطلاق ينتفى بالقيده، و ليس من آثار مطلق عقد الشركة حتى لا ينفك عنه.

يلاحظ عليه: أن الاشكال ليس فى جانب الشركة، حتى يجاب عنه بما سمعت، و إنما الاشكال فى ناحية أخرى و هو أن مقتضى إشاعة المال عند البيع، دخول العوض فى ملك مالك المعوض، و المفروض أن كل واحد منهما يملك نصف المعوض، فيدخل كل نصف من العوض فى ملكهما، لكن اشتراط تقسيم الربح أثلاثا، أو اختصاص الربح بواحد منهما، يستلزم صيرورة عوض مال شخص، لشخص آخر بلا سبب و لا معنى لدخول العوض فى ملك غير من خرج عن ملكه المعوض، فتكون النتيجة بطلان الاشتراط.

و بذلك يظهر الحال فى الصورتين الأخيرتين، فلو كان رأس مال كل واحد مائة دينار فباعا بمائة و أربعين دينار، فلازم اشتراط تقسيم الخسران أثلاثا أو اختصاص الخسران بواحد منهما، خروج أربعين أو ستين ديناراً من ملك مالك المعوض و صيرورة بعض عوض ماله لشخص آخر بلا سبب.

هذا هو المشكل فى المقام لا ما أشار إليه ابن إدريس، و على هذا يكون الاشتراط باطلا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٥

نعم لو اشترط عليه، دفع التفاوت فى جميع الصور أو دخوله فى ملكه بعد دخوله فى ملك مال المعوض صح الأول قطعا، و أما الثانى فتوقف صحته على صحة شرط النتيجة فى هذا المورد.

و ربما يستدل على الصحة برواية رفاعه «١» قال: سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن رجل شارك فى جارية له و قال: إن ربحتا فيها فلك نصف الربح و إن كان وضيعه فليس عليك شيء؟ فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجارية «٢».

و فى خبر أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال فى رجل شارك رجلا - فى جارية فقال: إن ربحت فلك، و إن وضعت فليس عليك؟ قال: لا بأس بذلك إذا كانت الجارية للقائل «٣».

يلاحظ عليه: أنه هل تقسيم الربح دون الخسران فى الرواية أخذ شرطا فى المعاملة، أو أخذ وعدا غير لازم الوفاء؟ الظاهر هو الثانى، و إنما فلو كان شرطا، يجب الوفاء به سواء طابت نفس صاحب الجارية أو لا، و لعله قرينة على أن المعاملة وقعت مطلقة - و لأجلها صححت - و كان هناك وعد، غير دخيل فيها، و لأجل ذلك قيده بطيب النفس.

و أما الثانى فلا يصلح للاحتجاج لكونه خبرا و ليس داخلا فيما يحتج به، أضف إلى ذلك من امكان حمله على ما ذكر من تملكه أو دخوله فى ملكه بعد ما ملك.

(١) - رفاعه بن موسى النخاس، ثقة، و رجال السنن ثقات، فالرواية صحيحة.

(٢) - الوسائل: ج ١٣ / ٤٢ الباب ١٤ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١.

(٣) - المصدر نفسه: الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٦

٣- اشتراط عدم اخراج الزوجة من بلدها:

النكاح علقه بين الزوجين كما أن البيع علقه بين المالكين، والغرض تسليط كل من الزوجين على الآخر فى الاستمتاع، أو كل من المتعاقدين على التصرف فيما أخذ، فكل اشتراط يطارد السلطة المذكورة، يعد مخالفاً لمقتضى العقد، و أما تسلط الزوج على الزوجة فى أمر الاسكان، فليس هو من مقومات العقد، و لا من مقتضياته، و لا من الآثار غير المنفكة عن الزوجية عرفاً بحيث يعد الانفكاك دليلاً على نفى المقتضى.

نعم تسلط الزوج على الزوجة من حيث المنزل، من الحقوق الشرعية الضرورية للزوج فى الإسلام، لقوله سبحانه: الرَّجُلُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ (النساء/ ٣٤) و على ذلك يتركز البحث فى كونه مخالفاً للكتاب و السنة، و عدمه، فنقول: إن كان الشرط نفى سلطته عليها فى أمر المسكن، فهو مخالف للكتاب، و أما إذا كان بصورة تحديدها- مع الاعتراف لسلطته- من أول الأمر، على أن يختار هذا الفرد دون الفرد الآخر، فهذا لا- إشكال فيه، و قد تقدم أن إيجاب المباح من حيث العمل لا من حيث الحكم ليس من الشرط المخالف للكتاب و السنة.

٤- اشتراط توارث الزوجين بالعقد المنقطع:**إشارة**

و مما ذكرنا يظهر حال هذا الشرط، فإن التوارث ليس من مقومات العقد، أو مقتضياته، و لا من لوازمه العرفية التى يعد الانفكاك عنها نفيًا للموضوع.

نعم علقه الزوجية سبب للتوارث بضرورة الكتاب و السنة، و بما أن المعقودة

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٧

متعة من مصاديق الزوجية، لذلك تعمها العمومات أو الاطلاقات فى الكتاب و السنة ما لم يدل دليل على حرمانها كحرمانها فى القاتلة و الكافرة و المرتدة، و الدليل على كونها زوجة هو انحصار الحلال فى قوله سبحانه: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (المؤمنون/ ٦) فى الزوجية و ملك اليمين، و بما أنها غير داخله فى الثانية تدخل فى الفقرة الأولى و إلا لصار التمتع سفاحاً، لانحصار الحلية فى الأمرين الماضيين. و حيث أنها حلال بالضرورة و ليست داخله فى ملك اليمين، تعين كونها من أقسام الزوجية و أن لها قسمين: دائمية و منقطعة.

و لكن اطلاقات الكتاب فى مورد المنقطعة خصت بالنصوص القطعية على أن المنقطعة لا- ترث فصار الأصل الثانوى هو عدم التوارث، بعد ما كان مقتضى الاطلاق هو التوارث، و عند ذلك يقع الكلام فى أن عدم التوارث هل هو من مقومات المتعة، بحيث يكون شرطه مخالفاً لمقتضى العقد؟ أو من أحكامها الشرعية التى تقبل التقييد و التخصيص؟

ربما يقال بالأول مستدلاً بما رواه عبد الله بن عمرو «١»: سألت أبا عبد الله عن المتعة؟ فقال: حلال لك من الله و رسوله. قلت: ما حدّها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك. قال: قلت: ما حكم عدتها؟ فقال: خمسة و أربعون يوماً أو حيضة مستقيمة «٢». وجه الاستدلال: أن المتبادر من قوله «من حدودها...» هو أن الوارثة من مقوماتها الشرعية. فيكون شرط التوارث مخالفاً للشرع.

يلاحظ عليه: أن معناه أن عدم التوارث من أحكامها مقابل أحكام الدائم، و يؤيده الاختلاف فى مقدار العدة الواردة فى الرواية فالحكم الشرعى فى الدائم

(١)- مهمل فى الرجال لو لم نقل إنه مجهول.

(٢)- الوسائل: ج ١٤ الباب ٢٢ و ٣٢ من أبواب المتعة الحديث ٤ و ٨ نقله متقطعا فى البابين.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٨

ثلاثة قروء، و فيها ما جاءت فى الرواية.

فإذا ثبت أنه (عدم التوارث) من أحكامها لا- من مقوماتها، يقع الكلام فى أنه هل هو فى أحكام مطلق المنقطع أو من آثار المنقطع المطلق، و هذا بحث صغرى يحتاج إلى ملاحظة الروايات الواردة حوله و قد ذكرنا ما هو الحق عند البحث عن الأحوال الشخصية «١».

و على كل تقدير يتركز البحث فى كونه مخالفا للكتاب و السنة (إذا كان من آثار مطلق المنقطع) أو لا (إذا كان من آثار المنقطع المطلق الذى يرتفع الحكم بتقييد الموضوع بالتوارث).

و بذلك يظهر أن تمييز المخالف عن الموافق ليس بالأمر الصعب، و الميزان كونه مخالفا لمقوم العقد، أو مقتضاه أو الأثر العرفى الذى يعد التفكيك عن الموضوع، نفا له.

و بذلك يظهر النظر فى كلام المحقق الثانى الذى نقله الشيخ فلا نطيل.

إذا شك فى كون الشرط مخالفا أو موافقا:

ثم إذا شك فى كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أو موافقا، بمعنى أنه داخل تحت عموم «المؤمنون عند شروطهم» أو خارج عنه بدليل حكم العقل على عدم صحته اشتراط مخالف المقتضى، فليس هنا أصل منفتح للموضوع، و أنه هل هو موافق أو مخالف، و لأجل ذلك يكون المرجع فى كل شرط لم تحرز موافقته أو مخالفته للكتاب هو الأصل العملى و لكن ربما يصح التمسك لعموم «المؤمنون عند شروطهم» بوجهين:

(١)- ستقدم ملازمها إلى الطبع بإذن الله.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٨٩

١- أن المخصيص فى المقام لئى حيث إن العقل يحكم بطلان ما هو مخالف لمقتضى العقد، و ذلك لوجود التنافى بين المقتضى و شرطه، و أنهما لا- يجتمعان، و مع ذلك يرجع فيها إلى عموم لزوم الوفاء بالشرط لا إلى المخصيص، أعنى بطلان الشرط المخالف للمقتضى، لما ثبت فى محله من أنه إذا كان المخصص لئيا، يكون المرجع فى الشبهات المصادقية، هو العام. يلاحظ عليه: أنه لا- فرق بين كونه لفظيا أو لئيا، فإن العام حجة فى غير عنوان المخصيص، و عنوان العام (الشرط) و إن كان محرزاً، لكن عدم عنوان المخصيص (عدم المخالفة) ليس بمحرز، فيسقطان (العام و المخصص عن الحجية) لعدم إحراز موضوعهما، و يكون المرجع، الأدلة الآخر.

٢- إحراز عدم كونه مخالفا لمقتضاه بالأصل الأزلى، باستصحاب عدم كونه مخالفا لمقتضاه و الأصل بقاؤه، و بذلك يظهر صحته التمسك بالعام لأن أحد الجزئين (الشرط) محرز بالوجدان و الآخر (عدم كونه مخالفا لمقتضاه) بالأصل.

يلاحظ عليه: ما أوضحناه فى الأصول من أن ما هو الجزء للموضوع، عبارة عن الشرط غير المخالف لمقتضاه و الموضوع بهذا الوصف (بصورة معدولة) أو الموجبة السالبة المحمول (الشرط الذى ليس مخالفا) ليس له أية حالة سابقة إذ لم يكن الشرط فى زمان متحققا و متصفا بهذا الوصف، لأن صدقه يتوقف على وجود الموصوف (الشرط) فى زمان مع اتصافه بالوصف العدمى حتى يقال: الشرط غير

المخالف، أو الذى ليس بمخالف، و من المعلوم عدم سبق وجود له.

و أما السالبة المحصلة المجتمعة مع عدم الموضوع و إن كانت لها حالة سابقة، لكنّها ليست جزء الموضوع و دخيلاً فيه.

هذا مجمل ما أوضحناه فى الأبحاث الأصولية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٠

الشرط السادس: أن لا يكون مجهولاً جهالاً توجب الغرر:

إذا كان الشرط مجهولاً- جهالاً توجب الغرر، فهل يحكم بطلانه إذا كان سبباً لجهالة العوضين «١» بحجة أن الشرط كالجزم من العوضين فيكون محكوماً بالبطلان، لما ثبت فى مبحث شرائط العوضين من لزوم معلومتهما أو يحكم بطلانه مطلقاً و إن لم يوجب جهالة فى العوضين، و ذلك لنهى النبى عن مطلق الغرر، و إن لم يكن فى البيع، أو يفصل بين التابع «٢» و المقصود بالأصالة فلا تضر فى الأول دون الثانى سواء عبّر عنه بلسان الشرط أو بلسان الجزء، كما هو المحكى عن الشهيد، أو يختص الصحة بالتابع المجهول إذا عبّر عنه بلسان الشرط دون الجزء؟ «٣» وجوه أو أقوال، و الدليل هو النهى عن بيع الغرر.

أقول: قد ورد عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم النهى عن بيع الغرر، مسنداً، عن طريقنا، رواه الصدوق بأسانيد مختلفة عن الرضا عن آبائه عن على - عليه السلام - و جاء فى الرواية بعد أمور: و قد نهى رسول الله عن بيع المضطر و عن بيع الغرر «٤» و رواه بهذا النص البيهقى فى سننه الكبرى «٥» و رواه المحدث النورى فى المستدرک «٦» مسنداً عن صحيفه الإمام الرضا. و من المعلوم أن العرف يساعد مع الغاء الخصوصية فيعم

(١)- كما إذا باع شيئاً و شرط على المشتري أن يخيظ له ثوباً، أو يا بنى جداراً، بخلاف ما إذا شرط رهن أحد المالكين المتماثلين.

(٢)- كما إذا باع الحيوان مع حملة، و الدجاج مع بيضه.

(٣)- فيفرق بين قولنا: بعت الحيوان مع حملة، و بعت الحيوان على أن يكون الحمل لك.

(٤)- الوسائل ج ١٢، الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة، الحديث ٣.

(٥)- السنن الكبرى للبيهقى: ٦ / ٣٣٨.

(٦)- المستدرک: ج ١٣ الباب ٣٣ من أبواب التجارة، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩١

سائر أبواب المعاملات من الاجارة و غيرها.

و أما النهى عن مطلق الغرر فلم يرد إلّا مرسلًا فى الكتب الفقهية، كالاخلاف للشيخ و الغنية لابن زهرة و العلامة فى كتبه، هذا ما يرجع إلى سند الرواية، و مع ذلك فليس المسند بأقوى من المرسل، إذ فى أسانيد ما لا يخفى، و على كل تقدير، فقد تلقته الأصحاب بالقبول و أرسلوه إرسال المسلمات.

إنّما الكلام فى دلالة و صلاحيته للاستدلال فى المقام أى الشرط المجهول فنقول: لم نجد فى معجم يفسر الغرر بالضرر أو بالجهل و إنّما فسر بالخدعة و الحيلة، أو بالاقتحام بما فيه خطر. و إليك بعض نصوصهم:

قال ابن الأثير فى النهاية: النهى عن بيع الغرر: هو ما كان له ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول.

و قال الأزهرى: بيع الغرر، ما كان على غير عهدة و لا ثقة و تدخل فى البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كلّ مجهول.

و ما ذكره أولاً، يشير إلى بيع التديس و نحوه، و ما ذكره الأزهرى يشير إلى بيع لا- يؤمن فيه على قدرة البائع على تسليم المبيع، كالسمك فى الماء، و الطير فى الهواء و المغروق فى البحر، حيث قال: ما كان على غير عهدة و لا ثقة، و مثله تفسيره بالخطر.

و قال ابن منظور فى اللسان: غَرَّه يَغْرُه غَرًّا: خدعه و أطمعه بالباطل، يقال:

المؤمن غرّ كريم فيخدع، غرر بنفسه و ماله: عرضهما للهلكة، و نهى رسول الله عن بيع الغرر و هو مثل بيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء. و بيع الغرر المنهى عنه:

ما كان له ظاهر يغرّ المشتري و باطن مجهول، و بيع الغرر أن لا يكون على عهدة

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٢

و لا ثقة.

و قال ابن فارس فى المقاييس: بيع الغرر، و هو الخطر الذى لا يدري أ يكون أم لا، كبيع العبد الآبق و الطائر فى الهواء.

و هذه الكلمات و نظائرها تعطى أن الغرر إما بمعنى الخدعة، أو الخطر، فكل بيع اشتمل على الخدعة، أو يكون على اعتبار الخطر من حيث امكان التسليم و عدمه، فهو منهى عنه، و أين هو من الشرط المجهول المراد بين قليل المثونة كخياطة القميص أو كثيرها كخياطة القباء و العباء.

و بهذا ظهر أن الاستدلال بهذا الحديث فى باب العوضين و الشروط، غير صحيح و لذلك التجأ سيدنا الأستاذ- مع الاعتراف بما قدّمناه- إلى أن فهم علماء العامة و الخاصة من الحديث، المعنى المعروف عندهم مع كونهم من أهل اللسان، كاف فى ذلك «١».

و هو كما ترى، و لعلهم استدلّوا زاعمين أن الجهالة، تلازم الخطر، و إلّا فمع خلّو المعاجم عن الجهالة كيف يصحّ الاستناد باستدلال العلماء.

و على كل تقدير فالذى يمكن أن يقال: إن كل شرط تستلزم جهالته، جهالة الثمن أو المثمن، بحيث يعدّ العرف الشرط جزءا منهما، و إن كان بلسان الشرط يوجب بطلانه، لا لحديث النهى عن الغرر بل لما دلّ على لزوم معلومية العوضين و بطلان العقد عند الجهل بهما فيكون حكمه حكمها، صحّة و بطلانا و دليلا.

و هذا بخلاف ما لم يستلزم ذلك كما فى كل شرط تبع، فجهالته لا تضرّ لا بأصل العقد و لا بالشرط.

(١)- المتاجر: قسم الخيارات: ١٩٩ / ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٣

ثم إن بعض المحشّين، منع اعتبار عدم الجهالة فى الشرط مطلقا، تارة بمنع الصغرى و أنّ الشرط لا يرجع مطلقا إلى العوضين بل هو قيد لنفس البيع على ما تقتضيه القواعد العربية، و أخرى بمنع الكبرى- بعد تسليم الصغرى- بأنّ القدر المتيقّن من الغرر المنفى، هو الغرر فى نفس العوضين فلا يضّرّ الغرر فى قيودهما «١».

يلاحظ عليه: أنّ الميزان فى تحديد كون شىء من أجزاء الثمن أو المثمن و عدمه، هو العرف لا القواعد اللفظية، فلو اشترى دارا بألف دينار، و شرط عليه دفع شاة إلى البائع، فالمشترى يضيف قيمتها إلى المبلغ الذى اشترى به الدار، فلو كان قيمتها عشرة دنانير، يقول اشتريته بألف دينار و عشرة دنانير.

و أضعف منه ادعاء انصراف الكبرى عن القيود فكأنّه نظر إلى المعاملات بنظر التعبد، مع أنّ الملاك فى المقيد و القيد واحد.

نعم الحق أنّه ليس شرطا مستقلا و أنّما هو راجع إلى عدم المخالفة مع الكتاب و السنّة.

(١)- تعليقه المحقّق الشهيدى- قدّس سرّه-: ٥٧٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٤

الشرط السابع: أن لا يكون مستلزما للمحال:

الشرط المستلزم للمحال هو الشرط الممكن بذاته، و لكن قيد بشرط مستلزم للمحال، فخرج ما لا تتعلق به القدرة عقلا، كالجمع بين الضدين، أو عادة كالطيران فى الهواء بلا-سبب. و دخل فى التعريف اشتراط تحقق المسببات التى لها أسباب خاصية عند الشرع كالطلاق، أو العرف كالنكاح، بنفس الاشتراط و إن لم تقترن بها أسباب، كما إذا باع بشرط أن تكون زوجته مطلقه أو ابنته مزوجه. و قد مثل العلامة للمقام و قال: «إذا باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه سواء اتحد الثمن قدرا أو جنسا و وصفا أو لا، لاستلزامه الدور، لأن يبيعه له يتوقف على ملكيته له، المتوقفة على بيعه (أى العمل بالشرط) فيدور بخلاف ما لو شرط أن يبيعه من غيره فإنه يصح عندنا حيث لا-منافاة فيه للكتاب و السنه- ثم قال:- لا يقال: ما التزمه من الدور آت هنا لأننا نقول: الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع من البائع» (١).

يلاحظ عليه: أولا: الاشتراط لا يستلزم الدور، لأن ملك المشتري متزلزلا لا يتوقف على العمل بالشرط بل يتوقف على إنشاء البائع و قبوله و قد حصل. نعم لزومه يتوقف على العمل بالشرط فلا دور، فمالكيته متوقفة على الانشاء المتقدم بكلا جزأيه، و يبيعه ثانيا من البائع يتوقف على تلك الملكية الحاصلة.

و ثانيا: لو سلمنا الدور فلا فرق بين بيعه من البائع أو غيره لأن البيع الثانى مطلقا متوقف على ملكيته المتوقفة على البيع الثانى (العمل بالشرط) و احتمال كون بيعه الثانى من باب التوكيل أو العقد الفضولى خلاف الفرض، و لأجل ذلك يخرج المبيع عن ملك المشتري و يدخل الثمن فى ملكه لا فى ملك البائع الأول.

(١)- التذكرة: ١ / ٤٩٠: الفرع الأول.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٥

الشرط الثامن: أن يلتزم به فى متن العقد:

إشارة

الشرط غير المذكور فى العقد على أقسام:

١- إذا أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كالخياطة، التزاما ابتداءيا و بقى أثره فى ذهنه إلى حين انعقاد البيع، من دون تقييد أحدهما بالآخر.

٢- إذا التزم على نفسه بشيء و وعد بايقاع العقد مقيدا به فى عالم القصد فأخلف وعده، و لم يوقعه مقيدا.

٣- تلك الصورة لكنه وفى و قيد العقد ثبوتا بالشرط و هذا هو ما يقال الشرط المبنى عليه العقد.

قيل: المشهور عدم الاعتداد بالشروط غير المذكورة فى متن العقد، حكاه صاحب الرياض فى كتاب النكاح عن بعض الأجله و أيده الشيخ بأنه مقتضى التتبع فى باب البيع و النكاح ثم أتى بشواهد، و كان سيدنا الأستاذ العلامة الكوه كمرى (١٣١٠ - ١٣٧٢) من المصرين على لزوم ذكر الشروط فى العقد، و فى الوقت نفسه نحن نرى المخالفة من النراقى فى عوائده (١) و السيد الطباطبائى فى تعليقه (٢) و الشهيدى فى حاشيته (٣).

استدل على لزوم الذكر بوجوه:

١- حكاية الاجماع

على ما عرفت.

(١)- العوائد / ٤٦ فى ذيل كلام الشهيد فى قواعده.

(٢)- التعليقه: ١١٨.

(٣)- الحاشيه: ٥٧٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٦

يلاحظ عليه- مضافا إلى أنه لا يحكى فى المقام عن وجود نصّ وصل إليهم و لم يصل إلينا، و لعلهم استندوا إلى بعض الوجوه الآتية- : أن معقد الاجماع غير واضح و لعله ناظر إلى الصورتين الأولتين.

٢- ما أشار إليه الشيخ الأعظم من أن الشرط من أركان العقد المشروط

بل هو كالجزم من أحد العوضين فيجب ذكره فى العقد.

يلاحظ عليه: عدم الدليل على كليه المدعى إذ ليس كل شرط من الأركان.

و على تقدير كونه جزءا من العوضين لا- دليل على أن حكمه حكمهما حتى فى الوقوع تحت الانشاء. أضف إلى ذلك أن ذكر العوضين غير لازم إذا كانا معلومين من القرائن.

٣- إن الشرط هو الالتزام و هو لا يتحقق بمجرد التبانى بل يحتاج إلى الانشاء

و إلا لا يصدق عليه الالتزام و لا الالتزام و هذا بخلاف سائر المتعلقات فإنه يكفى فيه التبانى و التقدير.

يلاحظ عليه: أن الشرط بمعنى الالتزام و الالتزام من أقسام التعهد كالنذر و اليمين، فكما تصدق على ما لو ورد فى ضمن العقد، كذلك يصدق على ما إذا تعاهدا مجردا عن العقد، ثم بنى العقد عليه.

و بذلك يظهر ضعف ما ربما يقال: إن الانشاء لا بد له من محصل و لا يحصل بمجرد القصد و الاخطار القلبي بالضرورة و لذا لا يحصل البيع و النكاح به «١» و ذلك لأنه خروج عن محط النزاع، لأن المفروض فيما إذا سبق تعهد لفظى من الطرفين منفكا عن العقد، ثم بنى العقد عليه، نعم لو لم يكن هناك أى إنشاء

(١)- نثارات الكواكب: ٣٠٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٧

سابق و كان هناك صرف اخطار بالبال، لثم ما ذكر كما يظهر ضعف ما فى تعليقه السيد الطباطبائى جوابا عن الاستدلال من أن الانشاء كما يكون باللفظ، كذا يكون بالاخطار القلبي «١» فهو كما ترى.

٤- الروايات الظاهرة فى عدم الاعتبار بالشرط المتقدم.

ألف: عن ابن بكير: قال: قال أبو عبد الله- عليه السلام-: إذا اشترطت على المرأة شروط المتعة، فرضيت به و أوجبت التزويج، فاردد عليها شرطك الأول بعد النكاح «٢» فإن أجازته فقد جاز و إن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من شرط قبل النكاح «٣».

يلاحظ عليه أولا: أن القدر المتيقن من الرواية هو الصورتان الأوليتان، و نحن نوافق المخالف فيهما، إنما الكلام إذا عقدا بانين على

الشرط المتقدم.

و يحتمل أن تكون الرواية ناظرة إلى صورة التنازع و أنه لا يمكن للزوج أن يحتج عليها إلا بالذكر فى متن العقد، إذ للزوجة أن تنكر البناء على الشرط السابق، و إلا فلو علم البناء أو تسلما على أن العقد كان على الشرط السابق، يجوز فى حقها.

ب: عن عبد الله بن بكير، قال: قال أبو عبد الله - عليه السلام -: ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح، و ما كان بعد النكاح فهو جائز «٤» و المقصود من «بعد النكاح» هو بعد قولها: «أنكحت نفسى» مثل الرواية السابقة، و إلا فأى فرق بين المتقدم على العقد و المتأخر عنه، و يأتى فيه ما ذكرناه فى الحديث المتقدم.

(١) - تعليقه السيد الطباطبائي: ١١٨.

(٢) - أى بعد قولها: «أنكحت نفسى» و عليه يحمل ما يأتى أيضا.

(٣) - الوسائل: ج ١٤، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٢.

(٤) - الوسائل: ج ١٤، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ١ و ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٨

ج: عن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن قول الله عز و جل و لا جناح عليكم فيما تراضىتم به من بعد الفريضة؟ فقال: ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز، و ما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها و بشيء يعطيها فترضى به «١». و الكلام فيه كالكلام فى السابقين.

د: عن محمد بن مسلم: سمعت أبا جعفر - عليه السلام - يقول فى الرجل يتزوج المرأة متعة: إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا، و إنما الشرط بعد النكاح «٢» أى بعد قولها «أنكحت نفسى».

يلاحظ عليه - بعد كونه مخالفا لما عليه المشهور من عدم اقتضاء عقد المتعة الارث إلا إذا اشترط به -: أنه إذا كان معنى قوله «بعد النكاح» أى فى العقد، يكون الذيل ناظرا إلى أن عقد المتعة يقتضى الارث، و من أراد حرمانها، فعليه أن لا تفوت الفرصة و يشترط عدمه فى العقد، و تخصيص العقد بالذكر لكونه أكد فى الالتزام لا أنه إذا اشترط قبل العقد، و أجرى العقد على ذلك الأساس، يكون عاطلا.

و أمّا رواية أبان بن تغلب «٣» فلا دلالة فيها على المقصود و لا يظهر منها أى تواطؤ على المؤقت قبل العقد، بل الظاهر أنه خطبها للنكاح ناويا المتعة، من دون ايقافها على ما نوى. و لأجل ذلك قال: «و إنى أستحى أن أذكر شرط الأيام و لو سبق منهما الشرط لما كان للاستحياء وجه».

(١) - الوسائل: ج ١٤، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ٣ و ٤.

(٢) - الوسائل: ج ١٤، الباب ١٩ من أبواب المتعة، الحديث ٣ و ٤.

(٣) - المصدر نفسه: الباب ٢٠ من أبواب المتعة، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٤٩٩

الشرط التاسع: التنجيز:

قد يطلق التنجيز و يراد منه تارة اطلاق الشرط فى مقابل اشتراطه، كما إذا قال: بعتك هذا بدرهم على أن تخطى لى إن جاء زيد. و أخرى ما يقابل التعليق، كما إذا قال: بعتك هذا بدرهم على أن تخطى عند رأس شهر كذا. و كلام الشيخ ناظر إلى الصورة الأولى و

لذا مثل بالجملة الشرطية.

و قد استدلّ القائل بالبطلان: بأنّ الشرط جزء من الثمن، و مرجع قوله «بعتك هذا بدرهم على أن تخط لي إن جاء زيد» إلى وقوع المعاوضة بين المبيع و بين الدرهم المقرون بخياطة ثوب، على تقدير مجيء زيد، و التعليق موجب للبطلان. ما ذا يريد المستدل؟! هل يريد أنّ التعلق يوجب كون الالتزام فى ناحية الشرط (الالتزام بالخياطة) معلقاً، أو يريد أن أصل المعاوضة أى البيع يكون كذلك، و بعبارة أخرى هل التعليق يهدم اطلاق الالتزام فى ناحية الشرط (على أن تخط ...) أو يهدم اطلاق إنشاء البيع (أبيعك)؟ و جهان، كل محتمل و إن كان الظاهر هو الأوّل. و أجاب الشيخ ما هذا نصّه: «أنّ الشرط هو الخياطة على تقدير المجيء، لا-الخياطة المطلقة ليرجع التعليق إلى أصل المعاوضة الخاصة».

و المتبادر من جواب الشيخ أنّه فهم المعنى الثانى و أجاب بأنّ التعليق لا يرجع إلى أصل المعاوضة بل يرجع إلى الشرط من غير فرق بين أن يكون قيداً للالتزام أو الملتزم.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٠٠

و لكن السيد الطباطبائى و المحقّق الايروانى حملاً كلام المستدل و جواب الشيخ على المعنى الأوّل، خلافاً لسيدنا الأستاذ-قدّس سرّه- فقد حمل كلام المستدل و جواب الشيخ على المعنى الثانى.

و على كل تقدير فإنّ أراد أن الشرط يهدم اطلاق الالتزام الموجود فى ناحية الشرط- فمع الغض عن أنّ القيد يرجع إلى الملتزم أى نفس الخياطة لا إلى الالتزام بها- لا مانع من رجوع القيد إلى نفس الالتزام أيضاً لأنّه لا دليل على بطلان التعليق إلّا الاجماع، و القدر المتيقّن منه لزوم كون البيع منجزاً لا-متعلّقاته مثل المثلن و الثمن و إن كان ركناً. و إن أراد رجوعه إلى أصل المعاوضة فهو ممنوع جدا و خلاف المتبادر.

فظهر أنّ اطلاق الشرط ليس بشرط بل يجوز تقييده و استلزامه- البيع بثمانين- على فرض لزومه لا مانع منه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٠١

الفصل الحادى عشر فى أقسام الشروط و أحكامها

إشارة

هل النبوى يعمّ جميع الأقسام؟

شرط النتيجة.

الضابطة لتمييز ما يحتاج إلى سبب خاص عن غيره.

شرط الفعل يقع فى ضمن أمور:

١- وجوب الوفاء بالشرط.

٢- جواز اجبار المشروط عليه على انجاز الشرط.

٣- فى ثبوت الخيار مع القدرة على الاجبار و عدمه.

دليل نافية الخيار مع القدرة على الاجبار.

٤- حكم الشرط المتعدّر قبل العقد و بعده.

٥- فيما إذا تعدّر العمل بالشرط، و له ثلاث صور:

أ- فيما إذا تلف المبيع.

ب- فيما إذا أخرجه عن ملكه.

ج- فيما إذا صار متعلقاً لحق الغير.

إذا كان العقد الثانى منافياً لنفس الاشتراط.

إذا تصرف المشروط له فى العين.

٦- فى جواز اسقاط الشرط للمشروط له.

٧- فيما هو المستثنى من قاعده عدم التقسيط.

هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا؟

ثبوت الخيار فى الشرط الفاسد.

اسقاط الشرط الفاسد بعد العقد.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٠٣

فى أقسام الشروط و أحكامها إن الشرط تارة يتعلق بفعل من أفعال المتعاقدين كخياطة الثوب، و أخرى يتعلق بما هو من قبيل الغايه للفعل كاشتراط تملك عين خاصه، و ثالثه يتعلق بصفه من صفات المبيع الشخصى ككون الدابه حاملا و السجاده مصبوغه بصيغ كذا. و لا يخرج الشرط عن هذه الأقسام.

فلو شرط ايقاع صفه فى المبيع كالصبيغ، أو اشترى حنطه، على النحو الكلى فاشترط أن يدفع المبيع من صنف كذا، فهما من قبيل القسم الأول أو اشترط كون الفاكهه حلوه فهو من القسم الثالث، فالأقسام لا تزيد على الثلاثه.

هل النبوى يعم جميع الأقسام!؟

إن قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم»، يعم الأقسام بمعناه المطابقى، و يظهر من الشيخ عدم شموله للقسم الثالث قائلاً- بأنه لا- حكم له إلما الخيار مع تبين فقد الوصف المشروط، إذ لا يعقل تحصيله هنا فلا معنى لوجوب الوفاء فيه و عموم «المؤمنون عند شروطهم» مختص لغير هذا القسم.

يلاحظ عليه: أنه إنما يتم إذا كان مفاد النبوى هو الحكم التكليفى ابتداء و أنه يجب على المؤمنين الوفاء بشروطهم فيقال: إنه لا يتصور فيه الوفاء و ليس بيده

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٠٤

تغيير الأمر الواقع، و أمّا لو قلنا بأن مفاده المطابقى: إن المؤمنين عند التزاماتهم و أنهم مأخوذون بمقتضى تعهداتهم و شروطهم، غايه الأمر أنه يختلف مقتضى الأخذ بمقتضى الشرط، فإن كان الشرط عملاً و فعلاً، فعليهم القيام به، و إن كان وصفاً فى المبيع، أو شرطاً فيه (بناء على عدم رجوع الشرط إلى الوصف كما عليه الشيخ فى بعض كلماته السابقه) فيستعد للفسخ و إن كان غايه و نتيجه كالملكيه، فمقتضى الأخذ، هو ترتيب الأثر، و تسليم العين إليه.

و بالجملة: إن مفاده: المؤمنون غير منفيكين عن التزاماتهم، و تختلف أثر تلك المعيه فلو شرط فعلاً يجب القيام به، و إن شرط وصفاً أو شرطاً فى العين و لم يكن موجوداً، كان عليه قبول السلعه إذا فسخ المشتري، و إن كان شرط نتيجه يجب ترتيب الأثر عليه إذا كان متحققاً بنفس الاشتراط كما إذا باع من زيد و اشترط عليه أن يكون و كيله فى بيع متاع كذا و قام زيد ببيع متاعه فيجب على الموكل تنفيذها فالمدلول المطابقى للنبوى واحد، و هو كونهم مأخوذين بشروطهم. و لكن كيفيه الأخذ تختلف حسب اختلاف الموارد.

أضف إليه: أنه لو سلم أن مفاده هو وجوب الوفاء لكن وجوب وفاء كل شىء بحسبه فلا مانع من شمول النبوى بهذا المفاد جميع

الأقسام.

شرط النتيجة:

إشارة

إذا اشترط الغاية، أعنى: الملكية و الزوجية و كانت مما لا تتحقق بالاشتراط فإن أريد تحصيلهما بأسبابهما الشرعية فيرجع إلى شرط الفعل، و إن أريد حصولها بنفس الاشراط فإن دل الدليل على عدم تحققها إلا بأسباب خاصة غير الاشراط، كان الشرط مخالفا للكتاب و السنة، و إن كانت مما يكفي في تحققها نفس

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٠٥

الاشتراط كالوكالة و الوصاية و كون ثمرة الشجرة ملكا للمشتري، يجب ترتيب الأثر و لو شككنا أنه من أى قسم من القسمين كاشتراط أن يكون مال خاص غير تابع لأحد العوضين، ملكا لأحدهما أو صدقه فهل يجوز التمسك بعموم «المؤمنون عند شروطهم» أو لا؟ يمكن تقريب الثاني بوجه:

١- إن عموم «المؤمنون» إنما يجرى فيما إذا كان هناك فعل للمشروط عليه ليجب الوفاء به و ليس هنا فعل.

يلاحظ عليه: أنه ليس معناه لزوم الوفاء بالشروط حتى يتطلب لنفسه فعلا بل معناه أنهم مأخوذون باتفاقاتهم و شروطهم، و هو صادق في جميع الأقسام الثلاثة. أضف إليه ما عرفت أخيرا من تحقق وجوب الوفاء في جميع الأقسام.

٢- قد خرج عن عموم النبوى ما احتاج في التحقق إلى سبب خاص فلا يجوز الالتزام إذا لم يكن سبب خاص، و بما أن المورد مردد بين كونه متحققا بالسبب الخاص و عدمه يكون من مصاديق الشبهة المصدقية للعام، فلا يجوز التمسك بالعموم.

و أجاب عنه السيد الطباطبائي بمنع كون الشبهة مصداقية إذ الخارج ليس عنوان ما له سبب خاص حتى يكون الشك في مصداق المخصص بل الخارج خصوصيات الموارد التي دلّ الدليل على احتياجها إلى سبب خاص و هذا العنوان ينتزعه العقل «١».

يلاحظ عليه: أن النتيجة في كلتا صورتين واحدة فساء كان الخارج ذوات الموارد أو العنوان الجامع لها، فيما إننا نعلم علما قطعيا بأن خروج هذه الأفراد ليس

(١) - تعليقه السيد الطباطبائي: ١٣١ / ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٠٦

إلّا لأجل كونها غير متحققة بنفس الاشراط، فهذا يكفي في المنع عن التمسك بالعام إذا شككنا في مورد أنه من أى قسم من الأقسام.

و الأولى أن يقال: إننا إذا سبرنا الكتاب و السنة، و لم نجد ما يدل على أن تملك شيء غير تابع، أو كون شيء صدقة أو وقفا لله، يحتاج إلى سبب، نستكشف عن عدم كونه كذلك، إذ لو كان لظهور بان، و قد جرت السيرة اقتداء بالمعصوم في كل شرط احتمال كونه مخالفا للكتاب و السنة، التمسك بالعموم إذا لم يدل دليل على كونه مخالفا، و لو صح ما في الدليل لما جاز، لخروج المخالف عن تحت العام و يكون المورد من قبيل الشبهة المصدقية له، و ليس المصداق في المقام كالمصداق في سائر المقامات، فإن بيان المصداق في المقام وظيفة للشارع دون سائر المقامات، و لو لا ذلك لانسد باب التمسك بأدلة الشروط.

٣- إن النبوى مخصّص بالشرط المخالف و من أقسامه الاكتفاء فيما لا يتحقق إلا بسبب خاص، بنفس الاشراط، فإذا دار أمر المورد بين أنه مما يتوقف على سبب خاص أو يكفي في تحققه نفس الاشراط، يرجع الشك إلى الاشراط هل هو موافق للكتاب و السنة أو

لا؟ و يكون من الشبهة المصادقية للمخصص (إلا شرطاً خالف الكتاب و السنة).

و الجواب ما عرفت، و هو أن الشبهة المصادقية على قسمين:

قسم يتوقف التعرّف عليه على بيان الشارع، و قسم يجب على المكلف تحصيل المعرفة عليه من الطرق المألوفة، فما كان من القسم الثانى، يتوقف فى مقام العمل و لا يصحّ التمسك بعموم العام - مثل قولنا: اكرم العلماء، بعد خروج العالم الفاسق من تحته - المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٠٧

و أما القسم الذى يتوقف التعرّف على بيان الشارع، فيكفى فى جواز التمسك، الفحص و التتبع فى الكتاب و السنة و عدم العثور عليه، إذ لو كان لظهر و بان. و احتمال أنه ممّا بينه الإمام و لم يصل إلينا، ضعيف لا يعتد به. و المقام من هذا القسم: إذ على الشارع أن يبين ما لا يحصل بنفس الاشتراط إذا لم يكن واضحاً لدى العرف.

الضابطة لتمييز ما يحتاج إلى سبب خاص عن غيره:

الظاهر أن كل أمر اعتبارى، يهتم به العرف و الشرع من حيث اللفظ و الصيغة، و لا يقوم به إلا بتشريفات خاصة، فهذا ممّا لا يحصل بنفس الاشتراط كالنكاح و الطلاق و لعلّ منه الوقف و النذر، و أمّا ما لا يهتم به، مثل ما سبق، فيكفى فيه نفس الاشتراط. ثم إن سيدنا الأستاذ - قدس سره - ذكر ضابطة أخرى و هى:

كل عنوان يصحّ جعله مستقلاً و ابتداءً، يصحّ جعله بالشرط أيضاً ذلك كالوكالة و الوصاية و الأمانة و الوديعة و الرهن و القرض فكلها يصحّ جعلها مستقلاً، فإن يقول: أنت ولي و وصي، و هذه أمانة أو وديعة فمثله يصحّ جعله بالشرط أيضاً بأن يشترط هذه العناوين فى ضمن عقد.

و أمّا ما لا يمكن جعله مستقلاً كالمبيعية و الثمنية للمبيع و الثمن فهذا لا يصحّ شرطه، بل يجب أن يتطرق إلى حصولها من طريق ثالث «١».

[شرط الفعل]

إشارة

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام يقع فى شرط الفعل فى ضمن أمور:

(١) - المتاجر: قسم الخيارات: ٥ / ٢١٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٠٨

الأول: فى وجوب الوفاء بالشرط:

إذا اشترط فعلاً على المشروط عليه، حتى يقوم به بعد العقد، فهل يجب القيام به تكليفاً و يكون التخلف عنه عصياناً، أو لا يجب و يكون أثر الشرط جعل العقد عرضة للزوال و للمشروط له الفسخ عند التخلف؟ وجهان بل قولان: فخرج عن محطّ البحث أمران:

١- حصول الشرط بنفس العقد من دون حاجة إلى القيام به بعد العقد، كشرط النتيجة إذا كان ممّا يحصل بنفس العقد، و لا يحتاج إلى سبب خاص كالوكالة و الوصاية و ذلك لحصول الشرط و لا معنى لتحصيل الحاصل.

٢- تعذر الشرط في المبيع كما إذا باع الفرس المعين على أن يكون عربيا، فبان غيره، لعدم التمكّن من إيجاد الشرط.

ومع ذلك كله لا يخلوان عن وجوب الوفاء أيضا، لكن لا بمعنى القيام بفعل بعد العقد بل بمعنى آخر وهو ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد في الأوّل، فعليه تنفيذ ما باعه الوكيل، أو اشتراه و ليس له رده، فلو رده المشتري و طلب الثمن كما إذا لم يكن الفرس عربيا كان عليه القبول، و أما وجوب الوفاء بمعنى القيام بإيجاد فعل، فهو في غير هذين الموردين.

نسب الأوّل إلى المشهور، و الثاني إلى الشهيد، كما نقل عنه التفصيل بين شرط النتيجة، و شرط الفعل من تخصيص الوجوب بالأوّل دون الثاني، و لكنّه ليس تفصيلا في المسألة بل إنكار للوجوب لما عرفت من خروج شرط النتيجة المتحقق بنفس العقد عن محط النزاع.

لا شكّ أنّ العمل بالعهد ممّا يستقل بحسنه العقل، كما يستقل بقبح نقضه،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٠٩

و عليه بناء العقلاء حيث يذمّون المتخلف و يرون التخلف بعيدا عن المروءة و الفتوة الإنسانية، و على ذلك ندرس ما ورد من الشرع حول العمل بالشرط، فنقول:

إنّ المتبادر من الروايات هو الوجوب التكليفي المستتبع للوجوب الوضعي، و إليك ما يدلّ عليهما:

١- «المؤمنون عند شروطهم»:

لا شكّ أنّ لفظ الحديث جملة خبرية، وردت لغاية الانشاء كقولك مخبرا عن حال ولدك: «ولدى يصلى» فالغرض هو بعثه على الصلاة، و المعنى المطابق هو الاخبار بأنّ المؤمنين غير منفكين عن شروطهم و تعهّداتهم، و لازم ذلك المعنى المطابق هو المراد الحقيقي، أعنى: طلب عدم الانفكاك منهم، و كأنّه قال: «ليكونوا كذلك و لا ينفكوا عن شروطهم» و هو إمّا عبارة أخرى عن لزوم الوفاء بالشرط و القيام به، أو لازم اللازم للمعنى الانشائي، فهناك مداليل ثلاثة:

ألف- الاخبار عن عدم الانفكاك.

ب- إرادة معناه الكنائي، أي يكونوا كذلك.

ج- لازم هذا اللازم و هو وجوب الوفاء بالشرط.

فيستفاد من الحديث وجوب الوفاء على المشروط عليه بما التزم من فعل أو عمل في المستقبل.

و هناك احتمالات في الحديث ضعيفة جدًا، كالحمل على الندب، مع حكم العقل و العقلاء بالوجوب، أو الحمل على مجرد الاخبار، مع استلزامه الكذب، أو كونه كناية عن اللزوم الوضعي، مع كون سياقه آبيا عنه أو على الحكم الأخلاقي،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥١٠

مع كون الموضوع هو المؤمنون المقتضى كون عدم الانفكاك أكد و ألزم.

٢- ما أرسل في بعض الكتب: «المؤمنون عند شروطهم إلّا من عصى الله» بناء على أنّ الاستثناء من المشروط عليه أي المؤمنون غير منفكين عن مشروطهم إلّا من عصى الله بالتخلف.

يلاحظ عليه: أنّ الصدر إمّا جملة خبرية استعملت في المعنى الخبري لكن لغاية البعث على عدم الانفكاك، فعندئذ يكون المعنى المناسب للاستثناء، هو ما جاء في ذيل ما سبق من الروايات: إلّا كل شرط خالف كتاب الله عزّ و جلّ «١» أو إلّا شرطا حرّم حلالا، أو أحلّ حراما «٢» و عندئذ المقصود من «إلّا من عصى الله» هو من اشترط الحرام لا من عصى بالتخلف فلا تكون له عندئذ صلة بالبحث. و إمّا جملة خبرية استعملت في نفس المعنى الخبري من دون أن تقع ذريعة إلى البعث على شيء و المعنى المناسب، للاستثناء حينئذ، هو اخراج العاصي عن هذا الاخبار فيكون مفاده أنّ المؤمن بما هو مؤمن، لمقرون مع شرطه، إلّا العاصي منهم، فإنّه بطبعه، لا يعتد بقوله و تعهده، و عندئذ تكون له دلالة ضعيفة للمقام فتدلّ على أنّ التخلف من فروع العصيان.

٣- موثقة إسحاق بن عمار مسنده إلى على - عليه السلام - : كان يقول: «من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم» (٣).

٤- إن الشرط إما جزء من المضمن أو الثمن، فإذا كان تسليم الثمن و المضمن

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦ من أبواب الخيار.

(٣)- المصدر نفسه: الحديث ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥١١

واجباً تكليفياً بحكم قوله سبحانه: «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» يكون القيام بالشرط أيضاً واجباً مثله.

ثم إن الشهيد ممن ذهب إلى أن الوجوب وضعى لا تكليفى و استدلل عليه بقوله: «إن اشتراط ما سيجد، أمر منفصل عن العقد، و قد علق عليه العقد، و المعلق على الممكن ممكن، و هو معنى قلب اللازم جائزاً أى عند التخلف».

يلاحظ عليه: ما ذا يريد من كون المعلق عليه أمراً ممكنًا؟ فهل يريد كونه أمراً ممكنًا فى مقابل المحال و الواجب بالذات، فهذا صحيح و لكن لا صلة له بالبحث، و إن أراد أنه بعد غير واجب التحصيل بحكم أن العقد معلق عليه.

فهو خلط بين الشرط الفقهى و الشرط الأصولى، فالذى لا يقع تحت التحصيل هو الشرط الأصولى كما إذا قال: «بعتك هذا بهذا بشرط أن تخطى لى ثوبا إن جاء زيد» و من المعلوم أن مجيء زيد أمر ممكن، و المعلق على الممكن ممكن فلو لم يجئ ليس عليه شىء.

و أما الشرط الفقهى و هو الفعل الموضوع على عاتق المشروط عليه، فهو ليس أمراً ممكنًا أى غير واجب تحصيله، بل يجب تحصيله كما يجب تسليم الثمن و المضمن.

أضف إليه: أن الانشاء غير معلق على الشرط، و إنما المعلق هو المنشأ فإيجاب البيع مطلق، و البيع المقيد بخياطة الثوب هو المنشأ، فالمقيد مع قيده واقعان تحت الانشاء و البيع، و معه كيف يكون الشرط أمراً ممكنًا غير واجب التحصيل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥١٢

الثانى: جواز إجبار المشروط عليه على إنجاز الشرط:

قد عرفت فى المسألة السابقة أن فى وجوب الوفاء بالشرط قولين:

أحدهما: أنه لا يجب الوفاء تكليفياً و إنما فائدة الشرط، هى جعل العقد معرضاً للزوال عند التخلف، و عليه لا موضوع للبحث عن معنى تجويز الجبر عليه عند الامتناع و عدمه.

و ثانيهما: وجوب الوفاء تكليفياً و عليه تترتب هذه المسألة و هى جواز الاجبار عند الامتناع و عدمه، و ليس المراد من الاجبار إقدامه بنفسه بل المراد إرجاع الأمر إلى الحاكم الشرعى حتى ينتصف منه له.

و فى المسألة أقوال أربعة: من جوازه مطلقاً، نسبة الشيخ إلى ظاهر جماعة، و عدمه كذلك و هو ظاهر تحرير العلامة، و ثالثه: التفصيل بين كون الشرط متعلقاً بمصلحة المتعاقدين كالتضمين و الرهن و ايجاد صفة، و بين غيره كعتقه فى سبيل الله، فيجوز فى الأول دون الثانى، و رابعة: عكس ذلك، فالاجبار فى حقوق الله دون حقوق الناس.

و الحق هو الأول، لأن وجوب الوفاء ليس حكماً تكليفياً صرفاً بل تكليفياً يستتبع حكماً وضعياً و حقاً للمشروط له فيجوز له الاجبار ضرورة أن لكل ذى حق، إجبار من عليه الحق على ادائه من غير فرق بين تعلقه بمصلحة المتعاقدين أو لا حتى مثل العتق و الوقف لله

سبحانه، إذ ربما يتعلّق غرض البائع، من البيع بعته و جعله وقفاً، فعندئذ يملك الشارط على ذمّة المشروط عليه حقاً، و هو أن يقوم بالاعتاق، و الوقف لله سبحانه، و لأجله يجوز له الاجبار و إن كان ما يقوم به،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥١٣

هو العمل لله سبحانه، و إلى ما ذكرنا يشير الشيخ بقوله: «لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط، فإنّ العمل بالشرط ليس إلّا كتسليم العوضين، فإنّ المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فيجبر على تسليمه» (١).

ثمّ إنّ جواز الاجبار على القول بوجوب الوفاء أمر واضح إنّما الخفاء في التفكيك، إذ كيف يكون الوفاء بالشرط واجبا على المشروط عليه لصالح الشارط، و لكن لا يجوز للشارط الاجبار، و في كلام المحقّق الثاني ما يصلح لأن يكون وجها له قال: إنّ للبائع (الشارط) طريقاً آخر للتخلّص و هو الفسخ (فلا تصل النوبة إلى الاجبار).

يلاحظ عليه: أنّ القول بأنّ كون الخيار مانعاً عن جواز الاجبار، أشبه بالقول بأنّ تضمين الغاصب، مانع عن جواز الدفاع عن المال. و قد أجاب عنه الشيخ الأعظم: بأنّ الخيار شرع بعد تعذّر الاجبار دفعا للضرر.

و لعلّ وجهه: أنّ تشريع الخيار، و قلب اللزوم إلى الجواز، لأجل دفع الضرر المتوجّه إلى المشروط له، و مع جواز الاجبار له، لا ضرر حتى يستدعى الخيار، و قلب اللزوم إلى الجواز.

يلاحظ عليه: أنّ امتناع المشروط عليه من القيام بالواجب موجب للضرر، و يدفع بأحد الأمرين: الاجبار، و التسلّط على الخيار، فلما ذا يقدم الاجبار على الخيار و يقال: بأنّ الخيار شرع بعد تعذّر الاجبار دفعا للضرر مع أنّهما في درجة

(١) - المتاجر: ٢٨٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥١٤

واحدة. هذا من غير فرق بين كون جواز الاجبار أمراً عقلائياً أمضاه الشارع أو كان كالخيار من آثار جريان قاعدة «لا ضرر»، و على كلّ تقدير فكما أنّ الخيار ليس مقدّماً على الاجبار و هكذا العكس بل للشارط أن يختار ما شاء، و سيوافيك وجهه في المسألة الآتية و أنّهما طريقان عرضيان لا طوليان.

الثالث: في ثبوت الخيار مع القدرة على الاجبار و عدمه:

إشارة

كان محور البحث في المسألة الثانية هو جواز الاجبار و عدمه، فثبت جوازه خلافاً لمن لا يراه جائزاً بحجّة أنّ الخيار يغنيه عن الاجبار. و أمّا الكلام في المقام فإنّما هو في أنّهما عرضيان، أو طوليان و أنّه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الاجبار فيكون مختيراً بينهما أم لا يجوز له الفسخ إلّا مع تعذّر الاجبار؟ و الأوّل هو خيرة التذكّرة و الثاني هو خيرة الشهيد في الروضة و اختاره الشيخ الأعظم قائلاً بأنّه «لا يعرف للخيار مستند مع التمكن من الاجبار لأنّ مقتضى العقد المشروط، هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً» و قد عرفت كلامه في المسألة السابقة من أنّ الخيار شرع بعد تعذّر الاجبار.

و الظاهر هو الأوّل: لما تقدم غير مرّة من أنّ المدرك الوحيد للخيار في غير ما ورد فيه النص هو بناء العقلاء، و الخيار عند العقلاء، مترتب على تخلّف الشرط و هو حاصل.

و أمّا قوله: مقتضى العقد هو العمل على طبق الشرط اختياراً أو قهراً فغير واضح، فإنّ الاختيار و القهر خارجان عن مدلول العقد، و التعهّد منصرف إلى التبادل بالطرق المألوفة من الثبوت في الدفاتر و المحاضر و الاستعداد للتسليم و التسلم، و أمّا القول بتنفيذه بالطرق

الجبرية فغير متبادر، و مع ذلك يجوز الاجبار

المختار فى احكام الخيار، ص: ٥١٥

لأنه بحكم وجوب الوفاء صار محققاً على ذمة المشروط عليه، و مقتضاه جواز التمسك بكل وسيلة محللة توصله إلى استيفاء حقه.

دليل نافي الخيار مع القدرة على الاجبار:

استدل السيد الطباطبائي فى تعليقه على عدم الخيار مع القدرة على الجبر بأن الخيار على خلاف القاعدة يقتصر فيه على مورد الضرر و هى غير جارية فى صورة امكان الاجبار أو أن مدركه الاجماع، و القدر المتيقن منه هو غير مورد القدرة كما لا يخفى يلاحظ عليه: أن مدركه هو بناء العقلاء على الخيار عند التخلف و هو حاصل و ذلك لأن التعهد من كل من الطرفين كان مشروطاً لبا بالوفاء بالمعاملة بتمام أجزائه و خصوصياته، فإذا تخلف أحد المتعاقدين لم يكن هناك دليل على لزوم الوفاء. فإن قلت: إذا كان التعهد مشروطاً بالتعهد المتقابل فإذا انتفى الشرط يلزم انتفاء أصل التعهد و بطلان المعاملة لا الخيار. قلت: إن الشرط لم يكن قيدياً لأصل التعهد و الالتزام بل كان قيدياً لوجوب العمل به، فالحكم بأنه يجب عليه البتة، كان مقيداً بقيام الآخر بنفس ما قام الآخر به، و مع التخلف لا يتوجه إليه تكليف. و الظاهر أن الخيار لا يختص بالتخلف فى خصوص الشرط فلو تخلف فى جانب تسليم العوض أو المعوض، فله الخيار أخذاً بحكم العقلاء على المبنى الذى عرفت.

المختار فى احكام الخيار، ص: ٥١٦

نعم قال الشيخ الأعظم: إن هذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر الفسخ، لأن كلا منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه، فيجبران على ذلك. يلاحظ عليه: أن العقد كان مشروطاً بالتبادل لبا، فلو تخلف، فلا ملزم لتسليم ما لديه بحجة أنه ماله، و لعله لخفاء الفرق بين المقام و الشرط، أمر الشيخ - قدس سره - بالتأمل.

ثم إن الشرط إمّا لا- يحتاج إلى إنشاء كالخياطة أو يحتاج، و على الثانى إمّا أن يكفى فيه الانشاء و إن لم يكن فيه تقرب، أو يحتاج إليه فتكون الأقسام ثلاثة، ففى الأوّل إذا استنكف عن العمل يجبر على اعطائه أجره المثل، و فى الثانى يتوقف حصول النتيجة على انشائه، فلو انشأ كفى و إلّا قام الحاكم مقامه لسلطانه على الممتنع فينشئ الحاكم بيع دار المتخلف من العمل بالشرط. و على الثالث، يجبر بنفس العمل، كدفع الزكاة و الصدقة، و تسقط بئ القربة و تحتل نيابة الحاكم عنه فى ذلك و له وجه.

الرابع: فى حكم الشرط المتعذر قبل العقد و بعده:

إشارة

و قبل الخوض فى تحليل المسألة نذكر صورها فإن الوقوف على صورها نصف معرفتها كما نقل عن السيد الطباطبائي بصورة كلية (١):

إن الشرط المتعذر إمّا أن يكون وصفاً من أوصاف الكمال كالكتابة فى العبد المعين، أو فعلاً من الأفعال كاشتراط بيع شىء عليه. و على كلا التقديرين.

(١)- و قلنا أيضاً: إن معرفة الأقوال فى المسألة نصف الاستنباط.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥١٧

إمّا أن يكون متعذراً قبل العقد كاشتراط الكتابة الممتنعة حين البيع، أو اشتراط بيع شىء معين عليه فبان كونه تالفاً قبل العقد. أو يكون متعذراً بعد البيع كما إذا باع حنطة كليله و تعهد أن تكون حمراء فنفدت الحنطة الحمراء بعد البيع فى السوق قبل الاعطاء، أو اشترط خياطة ثوب معين فسرق الثوب قبل اجراء الخياطة. فهذه صور المسألة الأربع و يبحث عن الجميع ضمن «قسمين»:

القسم الأول: التعذر قبل العقد:

المقصود هو الوصف أو الفعل المتعذر قبل العقد، ففيها احتمالات ثلاثة ندرّس كل واحد تلو الآخر:

١- إمضاء العقد و أخذ العوض إذا كانت له قيمة ككتابة العبد و خياطة الثوب، و المراد أخذ قيمتها أو أجرتها السوقية. و رده السيد الطباطبائى فى تعليقه على المقام، بأن أخذ العوض فرع تملكه لذلك الوصف أو لذلك الفعل بالاشتراط المذكور و المفروض عدمه لعدم وجوده أو عدم وجود موضوعه فلا معنى لتملكه حتى ينتقل إلى البدل و فى الحقيقة الشرط الكذائى باطل «١». يلاحظ عليه: أن الامعان فى كلامه يعطى أن الوصف المتعهد فى القسم الأول وصف للمبيع الشخصى و فى القسم الثانى وصف للمبيع الكلى، و أمّا الفعل هو تعهد فى الذمة بإجراء عمل فى شىء خاص و على ذلك نقول: أنه لا مانع من أن يملك المشروط له العمل المتعهد به فى ذمة المشروط عليه، و إن كان مورد العمل

(١)- تعليقه السيد الطباطبائى: ١٣٠ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥١٨

هو الشىء الخاص.

كما أنه لا مانع من أن يملك الوصف المفقود فى المبيع الشخصى لكن بتبع مالكته للموصوف، و وجود الموصوف كاف فى اعتبار مالكية المشروط له للوصف و إن لم يكن موجودا و إن أبيت إلّا عن البطالين فى الوصف، فلا أرى مانعا من أن يملك العمل- كجميع الشروط الفقهيّة- فى ذمة المشروط عليه، و لو عجز عن القيام به ينتقل إلى القيامة.

نعم الاشكال فى أخذ العوض، هو أن المشروط عليه، تعهد القيام بالفعل فى صورة الامكان لا مطلقا، حتى و لو كان متعذرا، و عندئذ تسقط مطالبة القيامة أو الأجره و يتعين الارش، أى دفع ما تسلمه منه ليقوم بالفعل عند التمكن، فإذا لم يتمكّن عن القيام بالتعهد ينسخ العقد بالنسبة إليه و يستحق أصل ما دفعه و هو ربّما يكون أزيد أو أنقص أو مساويا مع القيامة.

٢- كونه مخيرا بين الامضاء بلا ارش و معه و بين الفسخ، و هذا هو الذى اختاره العلماء فى خصوص التعذر و الصيمرى فى الأعم من التعذر و التخلف.

٣- ما اختاره المشهور من كونه مخيرا بين الامضاء و الفسخ، و وجه ذلك ما ذكره الشيخ الأعظم بأنّ المقابلة عرفا و شرعا بين المالىين و التقييد أمر معنوى لا يعدّ مالا و إن كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه.

و لما كان ما ذكره منافيا لثبوت الارش فى أوصاف الصّحة قال: إن ثبوت الارش فى أوصاف الصّحة لأجل النص فبقيت أوصاف الكمال تحت القاعدة، أعنى: عدم تعلق الارش لغير المالىين.

و أورد عليه السيد الطباطبائى بما هذا حاصله: أن الوصف و الشرط و إن لم يكونا مقابلين بالعوض فى مقام الانشاء إلّا أنّهما مقابلان به فى عالم اللب لأنّ

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥١٩

المفروض أن للوصف و الشرط قسطا من الثمن بمعنى أنّهما موجبان لزيادة قيمة العين و نقصانها، و مقتضى هذه المقابلة جواز الفسخ

و جواز الارش بمعنى استرداد المقدار الذى زيد لأجلهما فى العوض. لا بمعنى بطلان المعاملة بذلك القدر كما فى تخلف الجزء لأنه فرع المقابلة فى عالم الانشاء و المفروض عدمه، بل بمعنى جواز استرداد ما يساوى ذلك المقدار فى عالم اللب على ما بينوه فى خيار العيب من نسبة التفاوت بين القيمتين إلى الثمن و الأخذ بمقدار النسبة «١».

و هو - قدس الله سره - قد ذبّ ببيانه هذا بعض الاشكالات التى أثارها الشيخ الأعظم على القول بجواز أخذ الارش فراجع كلامه. يلاحظ عليه: بما سبق منّا من أنّه ليس فى المقام إلّا معاوضة حسيّة انشائية، و ليس عن المعاوضة اللبّية عين، و لا أثر بين العقلاء، فليس للمعاملة ظاهر و باطن، و لو فرضنا وجود المعاوضتين فتأثير الوصف أو الشرط لبنا لا يزيد عن تأثر الدواعى الباعثة على البيع بأزيد، و من المعلوم أنّ تخلف الداعى لا يؤثّر شيئاً و مثلها ما هو الدخيل فى ارتفاع القيامة فى الضمير. فلا بد من دراسة المسألة و اثبات صحّة أخذ الارش بطريق آخر. و هو:

أنّ من لاحظ المعاملات الراتجة بين الناس، يقف على أنّ الثمن يقسط على كل ما له دخل فى المرغوبية حتى الإناء و الغلاف، فضلا عن الشروط و الأوصاف التى ربّما يشتري لأجلها، و تكون هى المطمح فى مقام الانشاء فكيف يقسط الثمن على الأعيان دون هذه. و ما ذكره الشيخ من أنّ التقييد أمر معنوى و إن كان صحيحا لكن القيود أمور مخصوصة و ملموسة سواء كان القيد بيع شىء من أمواله للبائع أو ايجاد فعل

(١) - تعليقه السيد الطباطبائى: ١٣٠ / ٢. لاحظ أيضا ص ٤٢٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢٠

كالخياطة أو شيئا ثالثا، فكأنها ملموسات و متشخصات فى الخارج فلما ذا لا تقابل بالمال، فالشروط المذكورة فى العقود، أو المبنى عليها العقد، تخصّص لأنفسها قسطا من الثمن فى مقام الانشاء، و إن لم يتشخص القسط بالدقّة و الخصوصية، فلو تعدّر الشرط، فلما ذا لا يكون استرداد ما دفعه فى مقابله مطابقا للقاعدة.

نعم تبقى هنا أسئلة أو اشكالات لازمة للذب:

ألف - لو كان الثمن مقسّطا على الأوصاف و الشروط، يلزم بطلان المعاملة فى المقدار الذى يقابله من الثمن، مع أنّهم لا يحكمون بذلك و يحكمون بالبطلان فى خصوص تخلف الأجزاء كما إذا باع صبرة من الحنطة بما أنّه مائة منّ، فبان خمسين منّا، أو باع ما يملك و ما لا يملك حيث يبطل فيما لا يملك.

يلاحظ عليه: أنّ المعاملة فى المقدار الذى يقابل الجزء أو الوصف أو الشرط، تكون باطلة مطلقا و يتلقاها العرف ظلما على المشروط له إذا لم يكن هناك ما يجبر ضرره.

فيحكمون ببطلان المعاملة فى المقدار الذى يقابل الجزء المفقود من الحنطة أو ما لا يملك، و أمّا الباقي فتكون صحته مترزلة من كلا الجانبين لتبعض الصفقة للمشتري من جانب المثلث و للبائع من جهة الثمن، و مثله المقام فالمعاملة تبطل فيما قابل الجزء و تكون صحّة الباقي أى الفاقد للشرط صحّة مترزلة فالمشتري مخير بين أمور ثلاثة:

١- الردّ، لأجل كون الموجود غير المقصود.

٢- الرضا بالموجود، مع استرداد ما قابل الشرط الذى بطلت المعاملة فيه و يكون للبائع عندئذ الخيار لتبعض الصفقة عليه من جانب الثمن.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢١

٣- ابراء ذمته عن ما قابله من الثمن، و هذا ما يقال: له أن يمضى بلا أورش.

و بالجملة: لا فرق بين فقدان العدل كما إذا باع ما يملك مع ما لا يملك، و فقدان الأجزاء كالحنطة إذا باعه بما أنّه مائة منّ، فبان

أقل، و المشروط أو الموصوف، إذا تعذر الشرط أو الوصف، ففي الكل تبطل المعاملة بالمقدار المقابل، و صحه الباقي تكون متزلزلا في الجميع.

ب- لو كان جزء من الثمن مقابلا مع الشرط أو الوصف المفقودين، لزم أن يكون الارش من نفس الثمن.

يلاحظ عليه: أنه لا مانع من الالتزام به كما إذا طلب المقرض عين ما أقرضه إذا كان باقيا.

ج- لو كان الثمن مقسطا على الجميع، يلزم اشتغال ذمه البائع به من أول الأمر.

يلاحظ عليه: أنه يلتزم به و أن ذميه البائع مشغولة بما أخذه في مقابله مع أنه لم يدفع عوضه، و لأجل ذلك لو أمضى مع الارش و رضى المشتري به يكون مطابقا للقاعدة.

و لو فسخه لكان حقا لكون المقصود مغايرا للمعقود.

و لو أمضى بلا أخذ الارش لقد أبرأ ذمته عنه.

و نحن لا- نرى في كون أخذ الارش مطابقا للقاعدة شيئا مخالفا للقواعد، إلما أن ذهاب المشهور على الخلاف صار سببا لتوقف المحققين و عدم الجراءه على المخالفه.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٢٢

القسم الثاني: إذا كان التعذر عارضا بعد العقد:

قد عرفت حكم التعذر قبل العقد، و أنه ليس هناك شيء إلا أخذ الارش لا التفاوت و القيامة السوقية، إنما الكلام إذا عرض التعذر بعد العقد، فهو على قسمين:

١- إذا كان الشرط ملكية عين بعد ثبوت ملكيتها بالشرط للمشروط له، فما ذا حكمه فهل يؤخذ فيها الارش أو العوض و القيامة.

ربما يحتمل الثاني بحجة أن العين دخلت في ملكه و ملكها المشروط له فإذا تعذرت يجب دفع قيمتها و عوضها لا الارش، أعنى: المقدار الذي قابلها من الثمن في مقام المعاملة.

يلاحظ عليه: أنه و إن ملكها لكنها تلفت قبل القبض فيدخل في القاعدة المعروفة كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و معنى ذلك انفساخ العقد عند التلف، و وقوع التلف في ملك البائع، و عند ذلك يجب دفع ما قابله من الثمن و هو عبارة أخرى عن الارش.

٢- إذا كان الشرط فعلا سواء كان مقوما في حد ذاته كاشتراط عتق عبده، أو لا كاشتراط بيع ما له على البائع بمثل الثمن: فهل مقتضى القاعدة الارش أو العوض؟ الظاهر هو الثاني، و ذلك لأن البحث في المتعذر لا المتخلف، و المشروط له و إن ملك نفس الفعل في ذميه المشروط عليه، و مقتضى القاعدة القيام بالعمل أو بدفع عوضه أي قيمته السوقية و هي الأجرة الرائجة، و لكن لما كان تعهد المشروط عليه محددًا بحد الامكان، لا بحد التعذر و الامتناع فعند ذلك تنفسخ

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٢٣

المعاملة بالنسبة إلى المتعذر فيجب على المشروط عليه دفع ما أخذه منه و هو الارش.

و بذلك يعلم أن المتعذر في صورة التخلف أي عدم قيام المشروط عليه بالخياطة مع التمكّن هو دفع الأجرة لأنه ملكها في ذمته، فإما أن يقوم بها بنفسها أو ببدلها.

و بذلك يعلم ضعف ما حكى عن الصيمري من عطف التخلف على التعذر.

الخامس: فيما إذا تعذر العمل بالشرط:

إذا باع داره، و اشترط عليه خياطة ثوب، أو استنساخ كتاب و لكن تعذر العمل بالشرط.

فلو كانت العين باقية و لا مباعه و لا مرهونه، فله الفسخ و استرداد العين، و أما إذا لم يمكن استردادها بوجه من الوجوه الثلاثة إما لتلف أو لخروجها عن ملك المشروط عليه، أو جعلها رضا، فهل يصح الفسخ أو لا؟ و هذا هو الذي دعانا إلى البحث عن صور ثلاثة:

الصورة الأولى: فيما إذا تلف المبيع:

إذا تلفت العين حقيقة أو حكما كما إذا غصبها غاصب أو غرقت في البحر و تعذر العمل بالشرط، فهل الخيار باق أو لا؟ ربا يقال بانتفاء الخيار سواء قلنا بأن الخيار يتعلق بالعين أم يتعلق بالعقد، أما الأول فواضح، لانتفاء موضوع

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٢٤

الخيار، و أما الثاني فالموضوع - أي العقد الثاني - و إن كان باقيا لكن الغاية من الخيار هو إعمال الفسخ باسترجاع العين، و المفروض كونها تالفة. فتكون النتيجة سقوط الخيار إما لعدم الموضوع، أو لعدم ترتب أثر عليه و هو اعماله بالفسخ لعدم امكان الاسترجاع.

يلاحظ عليه: أن الاشكال لا يختص بهذا المقام، بل هو اشكال جار في خيارى الغبن و العيب إذا تلف المبيع، فقد أوضحنا حال الاشكال و أجبنا هناك و قلنا: إن الخيار على قسمين: قسم منه - حسب الاستظهار من الأدلة - يتعلق بنفس العينين بمعنى السلطة على تراد العينين قانونا، فإذا تلفت العين أو العينان، فلا موضوع للتراد، و ذلك مثل خيار المجلس و خيار الحيوان، و قسم منه يتعلق بنفس العقد و المبادلة الانشائية و التعهد القانونى الذى له بقاء كبقاء سائر الأمور الاعتبارية و لا ينتفى إلا بأحد الأسباب، و الخيار فى المقام و فى الغبن، و العيب متعلق بنفس العقد، و لذى الخيار، السلطة على نقض العقد، و المبادلة الانشائية، و هو متمكن منه لبقاء العقد عرفا و قانونا فموضوع الخيار هو العقد لا العين و هو رهن بقاء العقد، لا بقاء العين بل بقاؤها و تلفها غير مؤثر فى بقاء الخيار و ارتفاعه.

فإذا قام باعمال الخيار ينظر إلى الامكانيات الموجودة فإن كانت العين موجودة ترد نفس العين، و إن كانت تالفة أو كالتالفة يرجع فيه بحكم العقلاء إلى البدل، فإن كان مثليا فيرد المثل، و إن كان قيميا فترد القيامة.

و هذا كما إذا أتلف الغاصب مال الانسان و هو ضامن لاداء العين و لكنّه لا ينافى الانتقال إلى المثل و القيامة عند عدمها، و بالجملة فكون الموضوع هو العقد و الغاية من الفسخ نقض العقد، أمر، و كيفية الخروج عن اداء ما لذى الخيار أمر

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢٥

آخر، و ليس اعمال الخيار رهن الأمر الثانى، فالخروج عنه أمر عقلاى يتبع فيه حكم العقلاء و هو رد المثل فى المثلى و القيامة فى القيمى.

نعم إذا كان يرجى إخراج المال المغروق من البحر بسهولة فله أن يمتنع عن قبول البدل و يصبر إلى الوصول بنفس العين.

الصورة الثانية: فيما إذا أخرجه عن ملكه:

إذا تصرف فيها المشروط عليه بأحد التصرفات المخرجه عن الملك كالبيع لازما أو جائزا، و هذه الصورة تنقسم على قسمين: ألف: إذا تصرف قبل طرود التعذر فلا شك فى صحة التصرفات و ليس للشارط اجبار المشروط عليه بنقض العقد الثانى حتى و لو كان عقدا جائزا، و ذلك لأنه كان مالكا للبيع ملكية تامه غير مشوبه بشيء فكانت التصرفات منه صحيحة صادرة من أهلها و واقعة فى محلها، فإذا فسخ المشروط له يرجع فيه إلى حكم العقلاء فى ذلك الطرف و الإمكانيات الموجودة و ليس حكمه فيه إلا الرجوع إلى البدل مثليا أو قيميا.

ب: إذا كان التصرف بعد طرود العذر و ثبوت الخيار للمشروط له، فقد ذكر السيد الطباطبائى فيه احتمالات سبعة نذكر بعضها:

* الصّحّة و الانتقال إلى البدل سواء كان التصرف لازماً أم جائزاً.

* الحكم بصحّة ذلك التصرف لكن للشروط فسخه.

* الفرق بين اللازم و الجائز، ففى الثانى يجوز الزام المتصرف بالفسخ دون

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢٦

الأول.

* الحكم بالانفساخ من الأصل بمعنى الانكشاف عن عدم الاعتقاد و إن كان فى ظاهر الشرع محكوما بالصحّة إلى زمان الفسخ.

* الحكم بالانفساخ من حينه.

و لا يخفى أنّ الاحتمالات الثلاثة الأخيرة ضعيفة جداً، و ذلك لأنّ انفساخ العقد الثانى بلا سبب أمر غير معقول، و أمّا مع السبب فهو يرجع إلى القول الثانى و الاحتمال المعتد به هو الأول أى الصحّة مطلقاً، و الثانى أى الصحّة إذ لم يفسخ المشروط له، و لكن المتعين هو الأول، لأنّ تصرفه فى المبيع لم يكن تصرفاً غير قانونى، لأنّ المفروض أنّه كان مالكا للعين و لم يتعلّق بها حق الغير كالرهان و غيرها و قد باع و له هذه الصلاحية، فلما ذا لا يكون صحيحاً و ليس للمشروط له إجباره على نقض عقده بعد كونه صادراً عن أهله و واقعا فى محلّه.

الصورة الثالثة: فيما إذا صار متعلّقاً لحق الغير:

إشارة

إذا تصرف فيها على نحو صارت متعلّقة لحق الغير كالرهن فبما أنّ العين باقية غير خارجة عن الملك، فله الفسخ، غاية الأمر لما كانت العين متعلّقة لحق الغير له مطالبته البدل حتى يتيسّر الوصول إلى ملكه.

هذا كلّه فيما إذا تعذّر الشرط و لم يكن التعذّر منافياً للوفاء بالشرط، و أمّا لو كان منافياً للوفاء بالشرط كبيع ما اشترط وقفه على البائع، فهذا يخرج من التعذّر و يدخل فى التخلف الذى نبحت عنه تالياً.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢٧

إذا كان العقد الثانى منافياً لنفسى الاشتراط:

كان الكلام فى السابق فى تصرف المشروط عليه تصرفاً غير منافٍ للاشتراط، و كان الاشكال مركزاً على امكان تأثير فسخ المشروط له فى ابطال العقد الأول و عدمه، و قد عرفت أنّه غير مؤثر إلّا فى استحقاق الرجوع إلى البدل و أمّا المقام فالبحت مركز على أمرين: أحدهما: ذلك أى فى امكان تأثير الفسخ فى إبطال العقد الأول.

ثانيهما: أنّ العقد الثانى بما أنّه منافٍ لنفسى الاشتراط هل يصح أو لا، كما إذا باع داره من زيد، و اشترط عليه أن يبيع كتابه منه فباعه من غيره، فهل العقد الثانى صحيح أو لا.

و بعبارة ثالثة: الاشكال هناك من جهة واحدة و فى المقام من جهتين أمّا الجهة الأولى فقد مضى الكلام فيه و بقى الكلام فى الجهة الثانية، و ربّما يقال بالبطلان بوجهين:

١- تعلّق النهى بالعقد الثانى المقترضى الفساد.

يلاحظ عليه: أنه ليس فى المقام إلبا أمر واحد و هو الوفاء بالعقود و الشروط، و ليس هنا نهى شرعى متعلق بالبيع الثانى اللهم إلبا أن يقال: إن العقد الثانى، ضد الوفاء بالشرط و الأمر به مقتضى للنهى عن ضده و هو ضعيف لما بين فى محله من عدم صحة ذلك الاقتضاء.

٢- إن العقد الثانى، مصداق لتضييع حق الغير و هو حرام قطعاً، فيكشف عن تعلق النهى به فيكون باطلاً.

يلاحظ عليه: أن النهى إنما يكشف عن الفساد إذا تعلق بنفس المعاملة بما

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢٨

هى هى أو بأثرها و أمّا إذا تعلق بعنوان ينطبق عليها فلا ملازمة بينه و بين الفساد فيكون كالنهي وقت النداء.

نعم لا شك فى كونه حراماً تكليفاً إذا لم يسبقه اذن فإن سبق الاذن فهو بمنزلة إسقاط حقه، و إلبا فيقع موقوفاً على إجازته فيكون أشبه ببيع العين المرهونة، لتعلق حق المرتهن به و وجه الفرق بين هذه الصورة و الصور المتقدمة، هو أن المالكية كانت فى السابق طلقاً و لم يكن نقص فيها فصح له أن يتقلب فى ملكه كيف شاء، و أمّا المقام فقد تملك شيئاً تعلق به حق الغير فليس له أن يتقلب فيه كيف شاء و لو كان منافياً لحق الغير، و لأجل ذلك قلنا أنه متوقف على اذن الغير.

إذا تصرف المشروط له فى العين:

إذا تصرف المشروط له فيما انتقل إليه، و كان له خيار تعدد الشرط، فهل التصرف يكشف عن رضاه بالبيع و سقوط خياره أو لا؟ تقدم الكلام فى مثله فى خيارى الحيوان و العيب و قلنا لو كان التصرف كاشفاً نوعاً عن الرضا، يسقط خياره، فلاحظ.

السادس: فى جواز اسقاط الشرط للمشروط له:

يجوز للمشروط له اسقاط شرطه إذا كان الشرط، شرط فعل غير متحقق بعد، كالخياطة بخلاف شرط النتيجة الحاصل بنفس العقد، ككون الحمل ملكاً له عند بيع الدابة، فلا مجال للاسقاط لصيرورته مالكا للحمل.

و قد استثنى منه مثل شرط الوقف كما إذا قال بعثك بشرط أن توفقه للفقراء، و ذلك لاجتماع حقوق ثلاثة فيه حق للمشروط له لتعلق غرضه بهذا الأمر

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٢٩

المطلوب، و حق لله، حيث يجب عليه، الوقف تقرباً إليه سبحانه، و حق للفقراء و انتفاعهم به.

و لكن الظاهر كون الحق واحداً و هو حق المشروط له، و أمّا ما يرجع إلى الله فليس إلبا حكمه سبحانه على العمل بالشرط و هو الوقف لله و هو حكم لا حق.

و أمّا الفقير فهو ينتفع بتحقيق هذا الشرط و ليس طرفاً للحق.

و نظيره إذا نذر إعطاء دينار للفقير المعين، و تخلف، فليس للفقير الاجبار بما أنه طرف الحق و متعلقه و إنما هو ينتفع به.

نعم لو عمل بالشرط و وقف المبيع، يكون الموقوف عليه طرفاً للحق و له مطالبه غلة الموقوفة و اقامة الدعوى على المانع، إذا كان الموقوف عليه شخصياً.

و أمّا إذا كان الشرط هو الوقف للفقراء على الوجه الكلى، فليسوا أطرافاً للحق، قبل العمل بالشرط، و إنما هم المنتفعون و أمّا بعده فيما أن الموقوف عليهم الفقراء بالوصف الكلى فليس لفقير خاص مطالبه الواقف بغلة الموقوفة، و إنما هو وظيفة الحاكم فيجبره على

العمل بالوقف من باب الحسبة.

السابع: فيما هو المستثنى من قاعدة عدم التسيط:

لما ذهب الشيخ الأعظم و من تبعه إلى أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسطن عليه الثمن عند انكشاف التخلف، عقد المسألة السابعة لبيان ما يستثنى من هذه الضابطة و هو الشرط المتضمن لجزء المبيع كأن يقول بعتك هذه الأرض على أن تكون كذا ذراعا، فبان أقل منه.

ولما كان المختار عندنا عدم صحة الضابطة و أنه لا فرق بين الأجزاء و الصفات، و فى الصفات لا فرق بين وصف الصحة و وصف الكمال طوينا الكلام عن البحث عن هذه المسألة و بدأ البحث فى المسألة التالية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٠

هل الشرط الفاسد مفسد للعقد أو لا؟

إن عنوان البحث يحكى عن محل النزاع و هو أنه إذا تحقق العقد بأركان و لكن تضمن شرطا فاسدا فهل فساد الشرط يسرى إلى العقد أو لا؟ و أما إذا كان فساد الشرط موجبا لتسرب الخلل إلى نفس العقد فهو خارج عن محل البحث، و بعبارة أخرى: أن محل النزاع فى افساد الشرط الفاسد بما هو شرط فاسد، للعقد و عدمه - مع كونه جامعا للشرائط فى نفسه - و أما إذا صار فساد الشرط موجبا لخروجه عن كونه جامعا للشرائط فهو ليس بموضع بحث. و إليك بعض الأمثلة:

١- إذا كان الشرط منافيا لمقتضى العقد بحيث يرجع إلى إنشاء المتناقضين.

٢- إذا كان الشرط مستلزما للدور.

٣- إذا كان الشرط مستلزما لعدم تمشى القصد إلى البيع الجدى كما قيل فيما إذا باعه بثمان نقد و شرط بيعه ثانيا منه بنفس ذلك الثمن، فقد مر أن العلامة، قال بأنه مستلزم للدور أو لعدم تمشى القصد.

٤- إذا كانت جهالة الشرط موجبة لحدوث الجهل بوجود المبيع أو وصفه أو القدرة على التسليم على نحو يجعل البيع غريبا، كما إذا باع و شرط تسليم المبيع فى قلته جبل أو فى واد غير ذى زرع فلا شك فى كونه مفسدا لتسرب الخلل إلى شرائط العوضين، و هذا بخلاف ما إذا لم تكن الجهالة موجبة لواحد منها.

و بالجملة البحث مركز على كون فساد الشرط مفسدا أو لا مع الصيانة على سائر الأمور و إلا فلو لم تكن الأمور المعتمدة محفوظة فهو خارج عن البحث.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣١

و كما أن هذه الصور من الشروط خارجة عن البحث، و كذا الصورة التالية.

٥- إذا كان الشرط فاسدا و لكن لم يذكر فى العقد، و لم يكن مبيئا عليه، فلا شك أنه غير مفسد لعدم دخله فى المعاملة فدخل كل شرط فاسد تضمنه عقد متكامل الأركان من غير فرق بين شرط و شرط.

نعم ورد النص بالطلاق فى بعض الشروط نظير اشتراط جعل الخشب صنما «١». و لو لا النص كان حال هذا الشرط كسائر الشروط صحة و فسادا، نعم ربما صار بعضهم إلى تطبيق النص على القاعدة حتى و لو قلنا بأن الفاسد لا يفسد بأنه يلزم علينا القول بالافساد فيه. لأن البائع حصر بالشرط الانتفاع بالمبيع فى المحرم و خلى المبيع عن المنفعة المحللة حسب الشرط، و لازم هذا بطلان المعاملة بخلاف ما إذا اشترط فعل حرام لا دخل له فى كيفية الانتفاع من الثمن أو المثل.

يلاحظ عليه: أنه لا بد فى صحة البيع من اشتمال المبيع بالذات على منفعة محللة مقصودة للعقلاء، و لكن حصر الانتفاع فى المحرم إنما يؤثر فى حصر المنفعة إذا كان صحيحا، لازم الوفاء، و إذا كان الشرط فاسدا و غير لازم العمل لا يكون سببا لحصر الانتفاع فى

المحزم، و يكون البيع صحيحا لاشتمال المبيع بالذات على منفعة محللة مقصودة.

إذا عرفت هذا فلنرجع إلى دراسة المسألة فقد حكيت الصحة عن الاسكافى و الشيخ و ابن البراج و ابن سعيد كما حكى الفساد عن العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى.

(١)- الوسائل ج ١٢ الباب ٤١ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ١-٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٢

أدلة القائلين بالفساد:

إشارة

استدل القائل بالفساد بوجوه ثلاثة:

[الوجه الأول: أن للشرط قسطا من العوض مجهولا،

فإذا سقط لفساده، صار العوض مجهولا. و قد أورد عليه الشيخ وجوها:

١- أن المقابلة إنما وقعت بين الثمن و المثل، و الشرط و إن كان مؤثرا فى زيادة الرغبة و نقصانها و لكنه لا يقابل بجزء من العوضين سواء أ كان الشرط الفاسد فى ناحية المعوض أو العوض.

٢- أن شرط الفعل إنما هو كوصف الصحة، و كما أن التفاوت بين المتصف و المجرد مضبوط فهكذا التفاوت بين الثمن المجرد عن الشرط و المقارن معه معلوم كما إذا باع عبدا بشرط العتق بسبعين دينارا و لكنه بلا هذا الشرط يساوى بثمان آخر معلوم لدى العرف.

٣- أن الجهالة طارئة و القادح كونه عند الانشاء مجهولا.

يلاحظ عليه: أن الاجابة الأولى مبنية على القول بعدم تقسيط الثمن على الشرط و هو خلاف فرض المستدل و خلاف المختار، و الأولى أن يقال: ما ذا يريد من الجهالة؟!

فهل المراد أن الثمن عند الانشاء مجهول، و هو مردود لأن الثمن عبارة عن خمسين دينارا مع ما انضم إليها من الشرط و هو جزء الثمن، و ليس الثمن ما يقابله من النقود، حتى يكون جزء الثمن لأجل سقوط الشرط عن الاعتبار مجهولا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٣

و إن أراد أن جزء الثمن هو ما يقابله و هو مجهول، ففيه- مضافا إلى كونه معلوما غالبا- أنه غير لازم لأن دليل معلومية العوضين لا تدل على أزيد من كون العوض معلوما، و أما معلومية ما انضم إلى الثمن من الشرط من حيث مقدار المقابلة فغير لازم، و إلّا تبطل أكثر المعاملات لأن قيمة كل جزء من حيث المقابلة غير معلومة.

و إن أراد أنه بعد اسقاطه الشرط عن الاعتبار، تبين أن الثمن كان هو مجرد الخمسين دينارا، مع أنه فى نظر المتقابلين غير ذلك.

فيلاحظ عليه: أن الجهل و إن كان صادقا بمعنى الاعتقاد المخالف للواقع، لكن المراد من مانعية الجهل هو الجهل البسيط أى الشاك فى العوض لا الجهل المركب.

على أنه على القول بالارش لا يكون الاعتقاد المذكور جهلا مركبا بل الثمن هو المركب، غاية الأمر لا يسلم نفس الشرط و إنما يسلم معادله من الارش.

[الوجه الثانى: إن التراضى إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص

فإذا تعدّرت الخصوصية لم يبق التراضى لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل فالمعاوضة بين الثمن و المثلث بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراض جديد و إنشاء جديد، و بدونه يكون التصرف أكلا بالباطل.

يلاحظ عليه: أنّ تصحيح العقد الفاقد للشرط يتوقّف ثبوتاً و اثباتاً على أمرين:

١- يكون الفاقد نفس الواجد فى نظر الناس و المتعاملين، غير أنّ الثانى يفقد

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٤

بعض أوصافه الصحيّة أو الكمالية.

٢- إنّ الانشاء كما يشمل الواجد، يشمل الفاقد أيضاً.

أمّا الأوّل: فلأنّ الأوصاف على قسمين قسم يعد ركناً و يكون ارتفاعه موجبا لانقلابه إلى مباينه، فلو قال بعتك هذه الصبرة على أنّه كذا حنطة، فبان كذا ارزا فلا يمكن تصحيحه بالارش و الغرامة و لو رضى الطرفان، لا يعد هذا تحقيقاً للمعاملة السابقة بخلاف ما إذا قال: بعتك هذه الصبرة على أنّها حنطة صفراء فبان حنطة بيضاء، فلو قبل الثانية يعد القبول تجسيدا للمعاملة السابقة و لا تعد معاملة جديدة.

و أمّا الثانى: فلأنّ الانشاء مع كونه أمراً بسيطاً له انبساط على الأجزاء و الأوصاف و الشرائط، مثل الأمر المتعلّق على الأجزاء و الشرائط، فإذا سقط الأمر بجزء أو شرط لنسيان أو اضطرار، يكون بقاء الأمر على الباقي موافقاً للقاعدة و مثله المقام، فإذا منع الشارع من تنفيذ الشرط يكون منعه بمنزلة تضييق انبساط الانشاء فلا يعدّ شمول الانشاء للفاقد أمراً مخالفاً للقاعدة.

نعم إنّما يتمّ هذا البيان إذا دلّت العمومات أو غيرها على صحّة العقد، فيكون كاشفاً عن تضييق الانشاء لا عن اسقاطه عن حدّ الاعتبار.

[الوجه] الثالث: الروايات التى يستظهر منها فساد العقد لفساد شرطه

و نذكر منها روايات ثلاث:

١- صحیحة عبد الملك بن عتبة «١» قال: سألت أبا الحسن موسى - عليه السلام - عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو ابتاع منه متاعاً على أن ليس علىّ منه وضيعة هل

(١) - رجال السنند كلّهم ثقّات غير الأخير، فالرواية صحیحة إليه، و أمّا عبد الملك فقد وثّقه العلامة فى الخلاصة، فلو قلنا باعتبار توثيقات المتأخّرين فتدخل الرواية تحت الصحاح.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٥

يستقيم هذا؟ و كيف يستقيم وجه ذلك؟ قال: لا ينبغى «١».

و الاستدلال به يتوقّف على ثبوت أمور ثلاثة:

١- الشرط الوارد فى الرواية «ليس علىّ منه وضيعة» شرط فاسد.

٢- المقصود من «لا ينبغى» هو الحرمة المتعلّقة بالعقد.

٣- النهى عن العقد دليل الفساد.

أمّا الأوّل فيقرّر فساده بأنّ النفع و الضرر تابعان للمال فمن كان يملك المال، يملك النفع و يتحمّل الخسران لا من لا يملكه، و لكنّه جعل الشرط، و ورود الخسران على غير المالك.

يلاحظ عليه: أنّه من المحتمل أن يكون الشرط جبر البائع ضرره و خسارته كما هو الرائج لا ورود الضرر عليه مستقيماً. فلا يكون الشرط فاسداً.

أما الثانى: فلأنه لو لم يكن ظاهرا فى الحرمة، لكان محمولا على الكراهة، فموضوعها إما العقد و هو لا يجتمع مع الصحة فكيف يكون صحيحا و فى الوقت نفسه مكروها، و إما الوفاء بالشرط، و هو باطل لأنه آية المروءة و الكرامة فكيف يكون مكروها. يلاحظ عليه: أنا نختار الثانى، أى كون العقد مكروها و كم من عقود صحيحة مكروها، كبيع الأكفان و سائر المكاسب المكروها. أما الثالث: فلأن النهى عن عقد يشمل على مثل هذا الشرط دليل على أن المولى لا يعترف به فى محيط التشريع فيكون مساوقا للفساد.

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٣٥، من أبواب أحكام العقود، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٦

يلاحظ عليه: ما تقرّر فى الأصول من أن النهى إنما يلازم الفساد إذا تعلّق بنفس المعاملة أو بأثره، و أما إذا كانت المعاملة مشروعاً و تضمّنت شرطا فاسدا فربّما يكون النهى ارشادا إلى فساد الشرط أو دليلا على الحرمة تكليفا، لافساد العقد.

٢- خبر الحسين بن المنذر «١» قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام -: يجيئنى الرجل فيطلب العينه فأشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعته إياه، ثم اشترى منه مكانى قال: إذا كان بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع، و كنت أنت بالخيار، إن شئت اشترى و إن شئت لم تشتت، فلا بأس. فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إن جاء به بعد أشهر صلح. قال: إنما هذا تقديم و تأخير و لا بأس «٢».

يظهر وجه الاستدلال بتوضيح فقرات الحديث:

١- «العينه» بمعنى بيع الشيء إلى أجل بزيادة على ثمنه مقابل انتظار الثمن، و فى النهاية زيادة: «ثم الاشتهاء منه بأقل من الثمن».

٢- قوله «فأشترى له المتاع» لا دخل له فى الحكم و لو كان موجودا عنده يكون له نفس الحكم و إنما ذكر لبيان عدم فعلية المتاع و للتنصيص بأنّه باعه بأكثر ممّا اشترى، ثم اشترى بأقل ممّا باع.

٣- قوله «مرابحة» فى بعض النسخ المصححة جاءت تلك اللفظة بين «أبيعته» و «إياه» فقال: «أبيعته مرابحة إياه» أى بثمان أزيد ممّا اشترىته، و هذا أيضا

(١)- رجال السنن غير الأخير من الثقات و أما الأخير فلعله من الممدوحين.

(٢)- الوسائل ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٧

لا دخل له فى المسألة.

٤- المقصود من «ثم اشترى منه مكانى» هو الاشتهاء فوراً بأقل مما باعه منه.

كما صرح به فى رواية على بن جعفر الآتية و ما جاء فى الرواية من الحيل الشرعية لأكل الربا إذ تكون النتيجة أن البائع يدفع عشرة دنانير و يأخذ بعد شهرين اثنا عشر دينارا فتتحد نتيجته مع الربا القرضى.

٥- إن قوله: «إن كان بالخيار إن شاء باع...» أن الصحة المستفادّة من قوله: «لا- بأس» مختصّة بما إذا لم يكن هناك أى اشتراط لاشترائه منه ثانيا و إلّا يكون فيه بأس و منع.

و أما وجه المنع فهو فساد الشرط الموجب لفساد المشروط.

ثم إن الشيخ ذكر فى ردّ الاستدلال أجوبة ثلاثة لا تسكن إليها النفس، و الأولى أن يقال - بعد تسليم دلالة -: «الأس على الحرمة و الفساد» إن وجهه عدم وجود الجدد للبيع بين المتعاملين و الغرض الواقعى لهما هو دفع الفائض و أكل الربا لكن بصورة البيع و الشراء، و إلّا فلو كان هناك غرض آخر، و كان البيع و الانشاء عن جدّ فلا تعمه الرواية.

٣- رواية على بن جعفر عن أخيه- عليه السلام- قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس «١».

و قد ظهر الجواب عن الاستدلال بما ذكرناه فى الحديث المتقدم. إلى هنا ظهر أنه ليس للمانع دليل مقنع و إليك دراسة أدلة القائلين بالصحة.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٨

أدلة القائلين بالصحة:

إشارة

قد تعرّف على عدم صحّة ما استدل به على البطلان، و الآن نبحت عن أدلة القائلين بالصحة و قد استدلوا بوجوه نكفى منها بوجهين:

[الوجه] الأول: ما ذكره الشيخ من عموم الأدلة و اطلاقها،

إشارة

أعنى: قوله سبحانه:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و قوله تعالى: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ بِتَقْرِيبِ أَنْ الْعَقْدُ صَادِقٌ عَلَى الْوَاحِدِ وَالْفَاعِدِ، و ارتفاع الشرط لا يخلّ بالعقد، و قد تعاهد الطرفان على مبادلة مال بمال، و هما محفوظان و إن فقد أحدهما الشرط و بذلك تظهر صحّة التمسك بقوله: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ، لأنّ البيع هو المبادلة بين المالين المحفوظين.

[إشكال]

يلاحظ عليه: أنّ الشرط لا يخلو من أحد أمور ثلاثة:

ألف: كونه قيدا للإنشاء.

ب: كونه قيدا للمنشأ أى البيع المقيّد بكذا و كذا.

ج: كونه قيدا للمبيع أى المبيع المقيّد بشرط كذا.

و بما أنّ الأوّل موجب للتعلّق فهو خارج عن مصبّ البحث، فتعيّن كونه قيدا لأحد الأمرين، فعلى القول بأنّ الآيتين من قبيل القضايا الحقيقية فلو قلنا بأنّ القيد يرجع إلى المنشأ يكون المنشأ أمرا واحدا، و هو البيع مع هذا الشرط، و لو قلنا بأنّه راجع إلى المبيع يتعلّق الإنشاء الواحد على المبيع المقيّد فإذا خرجا عن تحت العموم و الاطلاق لأجل فساد قيده، كيف يجوز التمسك بهما لاثبات صحّة العقد المجرد عن الشرط، و توهم «أنّ كلّا من العقد، و العقد مع الشرط مصداقا مستقلا للعقد، فإذا خرج الثانى بقى الآخر» غير تام، لأنّ المفروض أنّه ليس هناك

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٣٩

إلا إنشاء واحد، و بالتالى ليس إلا منشأ واحد فإذا تعلّق الإنشاء الواحد على مبيع مقيّد، و فرضنا خروج المنشأ أو المبيع المقيدين فلا

يبقى شىء تحت العام.

[دفع الإشكال]

إشارة

هذا هو الاشكال فى المقام و يمكن دفعه بوجهين:

[الوجه] الأول:

انّ الانشاء و إن كان أمرا واحدا إلّا أنّ له انبساطا على المقيّد و القيد، فإذا فسد الشرط و رفضه الشارع، يتضيق الانشاء و ينسحب عن القيد، فلا يعد بقاء العقد على المقيّد بلا قيد، أو المشروط بلا شرط، عقدا جديدا و بيعا ثانيا، خصوصا إذا وافقه العرف، و دلّت عليه الروايات الآتية. هذا من غير فرق بين أن يتعلّق البيع بعناوين كليّة مع قيوده كالحنطة الحمراء، فدفع إليه الحنطة السوداء، أو تعلّق البيع بمبيع خارجى موصوف أو مشروط بقيد، سواء كان الشرط راجعا إلى المبيع أم كان شرطا فقها يطلب من المشتري أو البائع القيام به، فإنّ لانبساط الانشاء على المقيّد و قيوده، تأثيرا خاصا فى بقائه و عدم عدّه عقدا و بيعا جديدا، فإذا دلّ الدليل على بطلان الشرط فإنّما يرفع اليد عن نفس القيد، لا المقيّد مع القيد، كما هو الحال فى اجراء البراءة عند الشك فى أصل جزئية الشىء أو شرطيته أو جزئيته أو شرطيته عند النسيان، فالدليل يرفع الجزئية أو الشرطية من دون أن يمس كرامة الباقي و مثله المقام.

[الوجه] الثانى:

التفريق بين وقوع العقد على الأعيان و الكليات فيصحّ فى الأول، لأنّ الشرط الموجب للتقيّد لا يزيد على التوصيف، و لا اشكال فى أنّ البيع المتعلّق بالعين الموجودة الموصوفة بوصف، صحيح عند فقد الوصف مع ثبوت خيار تخلف الوصف فيه لأنّ الانشاء تعلّق بالخارج الموجود، و لا يوجب التوصيف تعدّده، و فقد الوصف لا يوجب عدم تعلّقه بالموجود، فلا محالة يقع صحيحا

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٠

خياريا، بخلاف ما لو بيع الكلى الموصوف، فإنّ كل قيد يلحق بعنوان كلى يوجب تعدّد العنوان إذ العنوان الموصوف بوصف، يخالف فاقد «١».

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار فى أحكام الخيار؛ ص: ٥٤٠

يلاحظ عليه: أنّه قاصر عن اثبات الصحّة مطلقا، كما اعترف بذلك - قدّس سرّه - و الأولى فى اثباتها فى تمام الموارد التمسك بانبساط الانشاء على الجميع، فإنّ ما دلّ على بطلان الشرط يوجب تنقيص الانشاء و انسحابه عن الشرط لا انسحابه عن الكلّ، كما هو الحال فى من باع ما يملك و ما لا يملك بكلا قسميه.

[الوجه] الثانى: الاستدلال بروايات خاصّة:

و قد استدلل على عدم افساد الشرط الفاسد بروايات نأتى ببعضها:

١- روى ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله عن الاماء لا تباع ولا توهب؟ قال: يجوز ذلك غير الميراث، فإنها تورث لأن كل شرط خالف الكتاب باطل «٢».

فلو شرط في البيع أن لا تورث الأمه، فالشرط باطل و العقد صحيح حسب ظاهر الرواية.

٢- روى سعيد بن يسار عن أبي عبد الله- عليه السلام-: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة و لم يشترط الميراث؟ قال: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط «٣».

(١)- المتاجر قسم الخيارات: ٢٤٧ / ٥ بتصرف.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٦، من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣)- المصدر نفسه: ج ١٤، الباب ٣٢، من أبواب المتعة، الحديث ٧.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٤١

فلو تزوج المرأة بمتعة و شرط الميراث، يصح العقد دون الشرط، و هذا معنى عدم كون الشرط الفاسد مفسدا.

٣- حديث بريرة حيث اشترتها عائشة و أعتقتها، و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا عليها أن لهم ولاءها، فقال رسول الله: الولاء لمن اعتق «١».

٤- فالرواية تدل على أن العتق كان صحيحا و تستلزم صحتها صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد فلو كان مفسدا لما صح البيع و لا العتق.

٥- رواية زرارة قال: إن ضريسا كانت تحته بنت حمران فجعل لها أن لا يتزوج عليها و لا يتسرى أبدا، في حياتها و لا بعد موتها... فسأل الإمام الصادق- عليه السلام- فأجاب للزوج: لك الحق، اذهب و تزوج و تسر فإن ذلك ليس بشيء، و ليس عليك و لا عليها «٢».

[الوجه الثالث: الاستدلال بدليل عقلي]

و هو أن صحة الشرط فرع صحة البيع فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور، و بما أن الدور باطل ينتج أن صحة البيع لا يتوقف على صحة الشرط فلو كان الشرط فاسدا لا يفسد البيع.

يلاحظ عليه: أن لصحة الشرط معنيين:

أ- كونه صحيحا في حد نفسه من دون ملاحظة كونه جزء من عقد.

ب- صحته بما أنه جزء في العقد الصحيح.

فكونه صحيحا بالمعنى الأول يتوقف على عدم كونه مخالفا للكتاب و السنة

(١)- الوسائل: ج ١٤، الباب ٥٢، من أبواب نكاح العبيد، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٥، الباب ٢٠، من أبواب المهور، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٤٢

و عليه تتوقف صحة العقد و لكن لا تتوقف صحة الشرط عليه. فظهر أن التوقف من جانب واحد و هو: توقف صحة العقد على كون الشرط في حد ذاته صحيحا و هو موقوف على عدم كونه مخالفا للكتاب و السنة من دون أن يتوقف هو على صحة البيع.

فصارت النتيجة أنّ صحّة الشرط بالمعنى الأوّل موقوف عليه و صحّة البيع هو الموقوف.

نعم صحّة الشرط بالمعنى الثاني أى بما أنّه جزء العقد يتوقّف على صحّة العقد المنبسط على الكل و صحّة الكل لا تتوقّف على صحّة الشرط بهذا المعنى و إنّما تتوقّف على صحّة الشرط بالمعنى الأوّل.

ثبوت الخيار في الشرط الفاسد:

قد تعرّف على وجود الخيار للمشروط له إذا تخلف المشروط عليه عن القيام به أو عدم وجوده في المبيع. و إنّما الكلام في ثبوته في الشرط الفاسد عند التخلف و محلّ الكلام فيما إذا كان هناك تخلف كما إذا شرطا النتيجة و كان فاسدا كملكيّة الخنزير و الخمر، أو شرط الفعل كجعل العنب خمرا و هو بعد لم يقم به. لا- ما إذا لم يصدق التخلف كما إذا جعل العنب خمرا. قولان: ذهب الشيخ الأعظم إلى عدم الخيار قائلا: بأنّ مدرّك الخيار الاجماع و قاعدة لا ضرر.

أمّا الاجماع فالقدر المتيقّن منه هو التخلف عن الشرط الصحيح و أمّا قاعدة لا ضرر فإنّ الشارط اما عالم بفساد الشرط أو جاهل مقصّر، فالعالم مقدم على الضرر، و القدر المتيقّن من القاعدة نفى الضرر غير الآتي عن تقصير المتصّر.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٤٣

يلاحظ عليه: أنّ دليل الخيار في غير خيارى المجلس و الحيوان هو بناء العقلاء و هم لا يفرّقون بين الشرطين، إذا كان هناك تخلف مع جهل الشارط بالحكم و ذلك لأنّ المشروط له و إن تعاهد مع المشروط عليه و لكن كان تعاهده على البيع مع شرط خاص فإذا الغى الشارط القيد الخاص و انسحب الحكم من الأكثر إلى الأقل فللمشروط له أن يتوقّف في لزوم الوفاء قائلا بأنّ التعهّد كان واقعا على الأكثر و أصبح الآن واقعا على الأقل فليس هذا عين ذاك بل أقل من ذلك، فلا يعتبر هذا التراجع نقضا للعهد و لا يمسّ كرامته فلاجل ذلك له أن يفسخ عهده بحجّة عدم العمل بما تعاقدا عليه.

غير أنّ الأمر الباعث للتوقّف في المسألة عدم الاشارة إلى الخيار في الروايات المتقدّمة. بل في بعضها اشارة إلى عدم الخيار حيث قال: و ليس عليك و لا عليها.

اللهمّ إنّما أن يقال: إنّ الروايات ليست بصدد بيان الخيار، و إنّما هي بصدد نفى صحّة الشرط و أمّا قوله: «و ليس عليك و لا عليها» فإنّما هو لأجل خصوصية المورد، و هو النكاح الذي لا يقبل الخيار بالذات.

اسقاط الشرط الفاسد بعد العقد:

إذا قلنا بأنّ الشرط الفاسد مفسد للعقد فهل يفيد اسقاطه بعد العقد أو لا؟

ربّما يقال بالصحة بناء على أنّ التراضى إنّما حصل على العقد المجرد عن الشرط فيكون كتراضيهما عليه حال العقد.

و أورد عليه الشيخ أنّ التراضى إنّما ينفع إذا تعلّق بما وقع عليه العقد أو لحق العقد السابق كما في بيع المكره و الفضولى. و أمّا إذا طرأ الرضا على غير ما وقع عليه

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٤٤

العقد فلا ينفع لأنّ متعلّق الرضا لم يعقد عليه و متعلّق العقد لم يرض به.

يلاحظ عليه: أنّ للعقد الفاسد بقاء عرفيا و عقلايا و لم يكن فساده لأجل فقد المقتضى و إنّما كان لوجود المانع فإذا أزيل المانع مع كمال الاقتضاء فلا وجه للبطلان.

نعم لو كان بطلانه لفقد المقتضى كان لما ذكر وجه.

و أمّا قوله إنّ متعلّق العقد لم يرض به، فمنظور فيه لأنّ متعلّقه هو البيع و المبادلة، و قد رضى له.

نعم لم يرض بتمام المنشأ بل ببعضه فإذا كان للمنشأ أجزاء قابلة للتفكيك عرفا فلو رضى بالمهم و الأركان و لم يرض بالتابع، يصدق عليه أنه رضى بالمنشأ و إن لم يرض بتمامه.
ثم إن الشيخ الأعظم طرح أمرين و ذيلهما السيد الطباطبائي بمسائل أخر لا أرى البحث عنها أمراً مهماً فالأولى عطف عنان البحث إلى فصل مهم و هو البحث عن أحكام الخيار.
المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٥

الفصل الثانى عشر الكلام فى أحكام الخيار

إشارة

إرث الخيار، و يقع فى ضمن مسائل:
أ- الخيار موروث بأنواعه.
الضابطة فى تمييز الحكم عن الحق.
ب- فى كيفية إرث الخيار مع تعدد الورثة.
ج- هل الخيار المجعول للأجنبى يورث أو لا؟
تصرّف ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ. و تصرّفه فيما انتقل إليه اجازة.
احتمال الفرق بين الخيار المنجز و غيره فى جواز التصرف.
ايجار المبيع فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار.
الاذن فى التصرف.
هل الإذن فى التصرف فسخ؟
يملك المبيع بالعقد لا به و بانقضاء الخيار.
التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له.
حكم التسليم فى زمن الخيار.
عدم بطلانه بتلف العين.
مسألة فى ضمان العين بعد الفسخ.
المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٧
أحكام الخيار

[الحكم] الأول: إرث الخيار

إشارة

و تحقيقه يتم فى ضمن مسائل:

المسألة الأولى: الخيار موروث بأنواعه.

إشارة

اثبات الموروثية يتوقف على ثبوت أمرين:

١- كونه حقاً لا حكماً،

فالأول يورث فى الجملة دون الثانى مطلقاً.

٢- كونه حقاً قابلاً للانتقال.

و لو لا- ثبوتهما، لما أفادت العمومات الواردة فى الكتاب و السنة فى موروثية ما تركه الميت، و إليك البحث عن الأمرين بعد بيان الفرق بين الحق و الحكم.

الضابطة فى تمييز الحكم عن الحق:

إن من المباحث البديعة فى الفقه الإسلامى، تقسيم ما حوّل إلى الانسان إلى الحق و الحكم و الفارق بينهما أخذ السلطة و اعمال القدرة فى مفهوم الأول، و مجرد جواز الفعل و الترك فى مفهوم الثانى. فترى الفرق الواضح بين حق القصاص، و جواز شرب الماء و أكل اللحم، فيتضمن الأول، السلطة و اعمال القدرة، قال سبحانه: وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلطاناً فلا يُسْرِفُ فى القَتْلِ إِنَّهُ كَانَ الْمُخْتارَ فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٨

منصّوراً (الاسراء/ ٣٣) و فى الوقت نفسه يقول: وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلا تُسْرِفُوا (الأعراف/ ٣١).

هذه هى الضابطة الكلية فى التعرف الاجمالى على الحق و الحكم. و نستعين فى تمييز أحدهما عن الآخر. بلسان الدليل تارة، و الارتكاز العرفى ثانياً، و الاجماع ثالثاً، و آثاره الشرعية رابعاً، فإن الحكم لا يقبل الإسقاط و لا النقل و لا الانتقال القهرى، لأن كل واحد منها، تدخل فى مجال الشرع، و بيده زمام الحكم، و هذا بخلاف الحق فهو يقبل غالباً «١» واحداً أو أكثر من هذه الأمور.

ثم إن الحق تارة يتعلّق على عين من الأعيان، كحق التحجير، و حق الرهانة، و حق الغرماء، و أخرى على شخص كحق القصاص و حق الحضانه و حق القسم، و ثالثه على أمر اعتبارى كالعقد الذى له ثبوت و بقاء عرفاً «٢».

ثم إن الحق من جهة جواز الاسقاط و النقل الاختيارى أو الانتقال القهرى ينقسم إلى أقسام نشير إليها:

١- ما لا يقبل واحداً من الأمور الثلاثة، أعنى: الاسقاط، و النقل بعوض، و لا الانتقال القهرى. كحق الولاية للفقير فإنه قائم بعنوان خاص كالفقيه العادل، فلا يقبل النقل لأن المنقول إليه إما واجد لهذا العنوان أو لا. فعلى الأول فهو واجد لذلك الحق كله فله ولاية تامة، و لا يقبل التكرار، فلا موضوع للنقل.

(١)- قلنا: «غالباً» احترازاً عن بعض الحقوق التى لا يقبل واحداً منها، كالولاية على الناس، أو الأولاد فإنها قائمة إما بالعنوان كالفقيه أو الشخص كالوالد و الجد كما سيأتى.

(٢)- و على هذا فالخيار المتعلّق بالعقد اللازم، حق لصاحب الخيار. فله نقض ما أبرم بالسلطان الذى ملكه عن طريق الاشتراط على المشروط عليه و لكن الجواز فى العقود الجائزة حكم من الأحكام الشرعية و قد حوّل الفعل و الترك إلى المكلف كما سيوافيك.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٩

و على الثانى فهو غير صالح للولاية و مثله حق الولاية للأب و الجد فإنه قائم بالشخص بما أنه مبدأ لوجود المولى عليه، فالشخص

بهذه الحثية مورد للولاية لا بدونها. وربما يمثل لهذا القسم بحق الوصاية و حق الاستمتاع للزوجة و الظاهر قبول الأخير، الاسقاط حقًا لا حكما.

٢- ما يقبل الاسقاط دون الأخيرين كحق الغيبة و التهمة، نعم يمكن أن يشترط فى الاسقاط دفع مال إليه.

٣- ما يقبل الاسقاط و النقل الاختيارى دون الثالث، كحق القسم، فللزوجة اسقاطه و بذله لضررتها كما اتفق فى بعض زوجات النبى صلى الله عليه و آله و سلم على ما فى كتب السيرة.

٤- ما يقبل الإسقاط و الانتقال القهرى بالارث دون النقل كحق الشفعة، و وجه ذلك أنه قائم بالشريك، فالمنقول إليه بالنقل الاختيارى إن كان شريكا فى الملك فله مثل ذلك، و إلا فلا يثبت له لعدم كونه شريكا، و أما الانتقال القهرى فهو لأجل أن المنتقل إليه يكون شريكا مثله، فينتقل إليه بانتقال المال.

٥- ما يقبل الجميع كحق القصاص و الرهانة و التحجير.

٦- ما لا يظهر حاله من حيث جواز الاسقاط أو النقل و الانتقال و لعل منها حق الفسخ بالعيوب فى النكاح، و حق النفقة فى الأرقاب كالأبوين و الأولاد و ذلك لأجل احتمال كونهما حكما من الأحكام الشرعية لاحقا بيد صاحبهما.

هذه هى المقدمة التى أشرنا إليها فلنرجع إلى الأمرين اللذين أشرنا إليهما فى صدر البحث.

أما الأول: فلا شك أن الخيار حق لصاحبه و ليس حكما شرعيا محضا، و يدل

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٠

على ذلك- مضافا إلى الارتكاز العرفى، و أنه يرى أحد الطرفين نفسه حاكما و الآخر محكوما عليه- ما دل على سقوطه بالتصرف الكاشف عن الرضا «١» و الحكم الشرعى لا يسقط.

و أما الأمر الثانى: أعنى: كون الخيار حقًا قابلا للانتقال، فنذكر الضابطة حتى يميز بها الموصوف بالانتقال عن غيره.

١- إذا شك فى كون شىء حقًا أو حكما فلا يحكم به، و ذلك للشك فى الموضوع.

٢- إذا أحرز كون الشىء حقًا و لكن ثبت أن المتعلق، مقوم لا- مورد، كما فى الولاية العامة و الخاصة للفقير و الوالد، و الشفعة للشريكين و المضاجعة للزوجين، فلا يحكم به أيضا.

٣- إذا أحرز أنه حق و لكن شك فى أنه قابل للانتقال عرفا أو لا، لاحتمال كون المتعلق موردا أو مقوما فهو أيضا مثل السابق.

٤- إذا ورد النهى الشرعى عن الانتقال بعد كونه قابلا- للانتقال عرفا كحق القصاص بالنسبة إلى الوارث الكافر مع وجود الوارث المسلم، فيتبع النص فى هذه الموارد، لا يحكم بالانتقال لما عرفت.

و أميا فى غير هذه الموارد كما إذا أحرز أنه حق لا- حكم، و أحرز أن المتعلق ليس مقوما بل موردا و كان عند العرف قابلا للنقل و الانتقال و لم يرد فى الشرع نهى عنه، فيحكم بالانتقال الشرعى، فيكون الارتكاز العرفى طريقا و مرآة إلى ما لدى الشرع كما هو الحال فى الشك فى فساد البيع و عدمه، فتحرز الصحة الشرعية

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١-٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥١

بالصحة العرفية إلا إذا منع منه مانع.

و بعبارة أخرى: إن هناك طريقا إلى كونه قابلا للانتقال شرعا، و هو ارتكاز العرف و متلقاه، فهو طريق إلى كونه كذلك عند الشرع كما هو الحال فى سائر الموارد، مثلا لا نشك أن الممضى هو البيع الصحيح الشرعى، و مثله العقد و الشرط، و الصلح، و لكن من أين نقف على أنه بيع و عقد و شرط و صلح صحيح شرعا؟ ليس الطريق إلا كونه كذلك عند العرف، فنستكشف من صحته عند العرف،

كونه كذلك عند الشارع، فتعمه العمومات و الاطلاقات، و مثله الخيار فإذا حكم العرف بأنه قابل للانتقال لكفى فى استكشاف كونه كذلك شرعا.

و قد صرح بهذا الأمر الشيخ الأعظم فى أول المتاجر قبل الورود فى بحث المعاطاة.

فإن قلت: إن كونه قابلا للانتقال، و إن كان يمهد الطريق لشمول العمومات و الاطلاقات، و يحرز أن موضوعاتها محققه محرزه، لكن هذا غير كاف فى المقام لأننا نعلم علما قطعيا بأنها خصيت بغير القابل للانتقال شرعا، فإذا شك فى كونه قابلا للانتقال أو لا، فلا يصح التمسك بها.

قلت: فإن هذه العمومات و إن خصيت بالحق غير القابل للانتقال، لكن هناك أماره عقلائييه على أن هذا الحق داخل فى المستثنى منه، لا فى المستثنى و هو ارتكاز العرف. هذا فيما إذا شك فى القابليه للانتقال و عدمه، و أما إذا شك فى كونه منهيًا بالنهى التعبدي فيكفى فى رده، الفحص و عدم العثور عليه.

و الحاصل أن طبع الحق يقتضى كونه قابلا للانتقال، فتشمله العمومات

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٢

و الاطلاقات الواردة فى الكتاب و السنه، مثل قوله تعالى: **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و قوله سبحانه: **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** و قوله تعالى: **لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ** (النساء / ٧).

و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «ما ترك الميت من حق فوارثه» (١) و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المؤمنون عند شروطهم» و لقوله: «الصلح جائز بين المسلمين» فالحق فى ظل هذه العناوين ينقل إلى الغير أو ينتقل قهرا، إذا صدق عليه عنوان: «ما ترك» و «شروطهم».

ثم إن للسيد الطباطبائي هناك جوابا آخر عن هذا الاشكال، و حاصله منع ذلك التخصيص، إذ الخارج خصوصيات الحقوق الثابته كونها مختصيه بأدلتها الخاصه و لم يخرج عنوان واحد عام، نعم يمكن انتزاع عنوان عام كما فى غير هذا المقام، فإنه يمكن أن يقال: خرج من العمومات، العقود الفاسده، فمع الشك فى الصحه و الفساد لا يمكن التمسك بها، و الجواب واحد و هو أنه لم يخرج عن العمومات شئ باسم العقود الفاسده و إنما خرج هذا البيع (الربوى) و ذلك البيع (الغروى) (٢).

و حاصله أن الشك فى المقام يرجع إلى الشك فى التخصيص الزائد، فنحن نعلم بأنه خرج عن تحت العموم، حق الولايه، و الشفعه، و حق المضاجعه، و لكن نشك فى خروج حق الخيار، فالشك فيه شك فى أصل التخصيص فيرجع إلى عموم العام.

(١) - الوارد من طرفنا: «من مات و ترك مالا فلورثته أو فللوارث».

لاحظ الوسائل: ج ١٧، الباب ٣ من أبواب ولاء ضمان الجريره و الامامه، الحديث ٤ و ١٤ و نقله ابن حنبل فى مسنده فى غير مورد: ٢/ ٢٩٠ و ٤٥٣ و ٤٥٦. و أما فى المتن فلا يوجد فى مصدر سوى الكتب الفقهييه.

(٢) - تعليقه السيد الطباطبائي، ١/ ٥٦ عند الكلام فى تعريف البيع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٣

هذا هو الطريق الذى سلكه السيد الطباطبائي و قد مضت ملاحظتنا فيه، و أما على مسلكننا، فالارتكاز العقلائي طريق إلى كونه باقيا تحت العام، غير خارج عنه، و أما إذا شك فى النهى التعبدي بالفحص عنه و عدم العثور على المخصص يكفى فى نفيه.

فروع:

الأول: قال الشيخ الأعظم، إرث الخيار ليس تابعا لإرث المال،

فلو استوعب الدين تركه الميت لم يمنع عن انتقال الخيار إلى الوارث.

أقول: هذا مبنى على أن التركة عند استيعاب الدين لها، لا تنتقل إلى الوارث، فيترتب عليه قوله: إن انتقال الخيار و إرثه ليس تابعا لانتقال المال و إرثه، و يكون المقام نظير الفرع الثالث، أعنى: إرث الزوجة الخيار فيما إذا مات الزوج عن عقار اشتراه بخيار، فيجرى فى المقام ما يجرى هناك.

و يؤيد المبنى قوله سبحانه: فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنِ غَيْرِ مُضَارٍّ (النساء / ١٢). حيث إن الظاهر أن وراثته الوارث للمال، بعد اخراج الوصية و الدين. و يؤيده بعض الروايات منها، حسنة محمد بن قيس عن أبى جعفر، قال:

قال أمير المؤمنين: إن الدين قبل الوصية، ثم الوصية، على أثر الدين، ثم الميراث بعد الوصية «١».

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٢، و راجع غيره.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٤

نعم هناك نظرية أخرى «١» و هى انتقال المال عند الاستيعاب إلى الوارث، غاية الأمر يكون محجورا عن التصرف بالبيع و الهبة لا عن مثل الخيار الذى ربما يتم لصالح الوارث، و على ذلك يكون انتقال الخيار تابعا لانتقال المال فيخرج عن كونه مثلا للمقام.

الثانى: لو كان الوارث ممنوعا عن الإرث

لنقصان فيه كالرقيّة أو قتل المورث أو الكفر، فيكون مانعا عن إرث الخيار، لأنّ الموجب لحرمانه عن المال، موجب لحرمانه من سائر الحقوق.

الثالث: لو كان حرمان الوارث لا لنقصان فيه،

إشارة

بل لتعديد شرعى كالزوجة بالنسبة إلى العقار و غير الأ-كبر من الأولاد، بالنسبة إلى الجبوة، فهل ترث الخيار أو لا؟ فيه أقوال أو احتمالات أربعة:

١- [القول الأول]

أنها ترث الخيار مطلقا.

٢- [القول الثانى]

أنها لا ترث كذلك.

٣- [القول الثالث] التفصيل بين كون ما يحرم منه منتقلا إلى الميت بالبيع - كالعقار -، و بين كونه منتقلا عنه،

فترث فى الأول دون الثانى، مثلا- إذا اشترى عقارا بخيار، و مات قبل انقضاء الأجل، تحرم الزوجه عن العين، و لكن لا تحرم عن الخيار، فلها استيفاء حقها بالفسخ، و رد الأرض و أخذ حصتها من الثمن الذى دفعه الميت إلى المشتري، بخلاف عكسه كما إذا باع عقارا مع الخيار، و أخذ الثمن و مات قبل

(١)- يظهر من الشيخ الأعظم فى الفرع الذى ذكره فى كيفية استحقاق الورثة للخيار، اختياره. لاحظ الخيارات: ٢٩٣. قال: و إن لم يكن الثمن موجودا، لا يمنع ذلك من فسخ الورثة و إن كان للميت دين مستغرق للتركة، فتأمل. المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٥
انقضاء الأجل فليس لها الخيار، حتى ترد الثمن و تسترد العقار، و هو خيرة الايضاح.

٤- [القول الرابع] عدم الجواز فى الصورة الأولى

أى مات الميت عن عقار اشتراه بخيار، و الاشكال فى عكسها، أعنى: ما إذا انتقل العقار عن الميت، بخيار له برد الثمن و استرداد العين.
و بما أنه منع فى الأولى و أشكل فى الثانية لا- يعد هذا القول عكسا للقول الثالث، و معناه أنه أفتى بالحرمان فى الصورة الأولى، و احتمال وجهين فى الصورة الثانية، و سيجىء بيان وجه الاشكال.
هذه هى الأقوال أو الاحتمالات فى المقام، و إليك تحليلها بيان حججها:

حجة القول الأول:

إن الخيار لا يتوقف على كون ذى الخيار مالكا لما يرد و يسترد بشهادة أنه يصح جعله للأجنبى، فالأجنبى يفسخ العقد و يرد ما فى يد الموكل و يسترد ما فى يد المقابل من دون أن يكون مالكا و ليست الزوجه بأقل من الأجنبى.
ثم على هذا القول: إذا فسخ ما انتقل إلى الميت من العقار يشترك فى الثمن المردود بالحصص، و أمّا إذا فسخ فيما انتقل عن الميت برد الثمن و استرداد العقار فهل هى ترث من العقار أو لا؟ سيجىء بيانه عند نقل حجة القول الرابع.
يلاحظ عليه: أن قياس الزوجه بالأجنبى قياس مع الفارق، لأن صاحب الخيار من يسترد المال إلى نفسه، أو من هو منصوب من قبله، و بعبارة أخرى:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٦

صاحب الخيار من يملك المردود لنفسه أو لمن نصب عنه و هذا غير موجود فى الصورة الثانية أى فيما إذا انتقل العقار عن الميت، لأنها لا تردّ لا إلى نفسها لحرمانها عنه و لا إلى سائر الورثة لعدم كونها وكيله عنها. نعم يتم فى الصورة الأولى أى فيما إذا انتقل إلى الميت فإنها تشترك مع سائر الورثة فى الثمن بحسب الحصص.
نعم لو قلنا بأنه يشترط وراء تملك استرداد المال إلى نفسه، تملك ردّ المال عن نفسه إلى غيره فلا يتم فى الصورة الأولى أيضا لأنها غير مالكة للعقار حتى تردّ عن نفسها. و لأجل هذين الشرطين ذهب بعضهم إلى الحرمان مطلقا كما هو الحال فى القول الثانى.

حجة القول الثانى:

احتج القائل بالحرمان مطلقا بأنه يشترط فى صاحب الخيار أمران: التسلّط على ما يردّ ليملك ما انتقل عنه، و التسلّط على استرداده لنفسه، أو إلى من هو منصوب من قبله، و على ضوء ذلك، فهى محرومة عن إرث الخيار مطلقا، أمّا فيما انتقل إلى الميت فلاّنها ليس

لها التسلط على ما يرده (العقار)، و أما فيما انتقل عن الميت فلأنها و إن كانت مسلطة على ما في يدها من الثمن لكنّها ليست مسلطة على استرداده لا إلى نفسها و لا إلى مالكيها.

و بالجملة: إن القائل بوجوب التسلط على ما في يده، أخرج الصورة الأولى عن إرث الخيار فيها، و بوجوب التسلط على ما في يد الغير، أخرج الصورة الثانية عن إرث الخيار فيها إذ ليس لها التسلط على العقار المبيع.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٥٧

حجة القول الثالث:

احتج القائل بالتفصيل بين ما انتقل إلى الميت و ما انتقل عنه، بالورثة في الأوّل دون الثاني بالبيان التالي:

أمّا حرمانها فيما إذا انتقل عن الميت فلانتفاء الشرط الذي مرّ في حجة القول الثاني إذ ليس لها التسلط على ما في يد المشتري من العقار، و بعبارة أخرى:

ليست مسلطة على استرداده لنفسها أو لغيرها أمّا إلى نفسها فلحرمانها، و أمّا إلى غيرها فلعدم كونها وكيله عنه.

و أمّا ثبوته في الصورة الأولى أي فيما إذا انتقل إلى الميت، فمقتضى القاعدة و إن كانت اشتراط التسلط هنا أيضا على ما يرده إلّا أنّ هناك أمرا آخر رخص عدم رعايته هذا الشرط، و هو أنّه لو ردت الورثة الأرض و استرجعوا الثمن لشاركتهم فيه، و هذا يدل على وجود حقّ للزوجة في الثمن المنتقل إلى الغير، فلها استيفاؤها بالفسخ.

و بعبارة واضحة: أنّ مقتضى القاعدة لزوم وجود التسلط على ما يرده، و لأجل ذلك لا يصحّ لأجنبي ردّ ما عند المالك إلّا إذا كان وكلا عنه، و لكن بما أنّ الزوجة تشترك مع سائر الورثة في الثمن المستردّ عند إعمالهم الخيار، يكشف ذلك عن وجود حقّ لها في الثمن فلها الاستقلال في حيازة الحق «١».

(١)- إن الشيخ ذكر هذا الوجه بعبارة غير واضحة و قال: و يمكن دفعه بأنّ ملك بائع الأرض للثمن لما كان مترزلا و في معرض الانتقال إلى جميع الورثة، اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار، ثبوت حقّ للزوجة، و إن لم يكن لها تسلط على نفس الأرض. ثمّ ذكر وجه الفرق بين كون الأجنبي ذا خيار فيشترط فيه التسلط و بين كون الزوجة ذات خيار فلا يشترط فيها التسلط، و حاصل الفرق أنّ العقد في الأوّل غير مترزل إلّا من ناحية الأجنبي فيشترط فيه التسلط بخلاف المقام فإنّه مترزل من جانب سائر الورثة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٥٨

يلاحظ عليه: أنّه تخصيص في القاعدة بلا دليل، إذ لو كان التسلط على ما في اليد شرطا في تحقّق الخيار أو إعماله، فلا يفرق فيه بين صورة و صورة.

ثمّ إنّ ما ذا يريد من قوله: «من ثبوت حقّ للزوجة عند فسخ سائر الورثة» فإن أراد ثبوت حقّ لها بعد فسخهم، و هذا ما لا نمنعه، و لكنّه لا يثبت ما ادّعاه، و إن أراد أنّ لها الاستقلال بالفسخ قبل فسخهم و استرداد الثمن من بائع الأرض، فهو أوّل الكلام.

حجة القول الرابع:

احتج القائل بالحرمان، فيما إذا انتقل إلى الميت بأنّها غير مسلطة على ردّ العقار إلى غيرها لتردّ الثمن إلى نفسها، لأنّه عند الردّ ملك للورثة و لكنّه استشكل فيما إذا انتقل عن الميت و لعلّ وجه الاشكال أنّه لو قلنا بأنّ العقار بعد الفسخ يدخل في ملك الميت ثمّ ينتقل إلى الورثة، أو قلنا إنّه يصير بعد الفسخ بحكم الأموال الموروثة التي تنتقل إلى غير الزوجة فلا خيار لها، إذ لا تسلط لها على استرداد ما انتقل عن الميت إلى نفسها، أمّا لو قلنا بأنّ التملك بالفسخ ليس إرثا و لا بحكمه، و الزوجة إنّما تتلقّى الأرض بالفسخ و تصير

مالكة لها فيثبت له الخيار لتسلطها على استرداد ما انتقل عن الميت إلى نفسها.

هذا ما يستفاد من كلام الشيخ بتوضيح و تنظيم منّا، و أمّا ما هو المختار في المقام فنقول: إنّ القول بارتها للخيار يتوقّف على ثبوت أمرين:

١- عدم وجود المانع من وراثتها للخيار أى اجتماع مقومات الخيار، و الغاية المطلوبة منه فيها، و هذا بحث ثبوتى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٥٩

٢- وجود عموم أو اطلاق يشمل لارتها من الخيار، كارتها لسائر الأمور و الأشياء. أمّا الأوّل أى وجود مقومات الخيار فيها، فالظاهر عدم قصورها، و ذلك لأنّ الفسخ بالخيار يقابل العقد، فما هو مفهوم العقد، و المعتبر فى مقام الانشاء يعتبر ضده فى الفسخ بالخيار، أمّا العقد فليس يعتبر فى مفهومه إلّا إنشاء التبادل، و الترابط الاعتباريين فقط، و عليه لا يعتبر فى الفسخ بالخيار، إلّا نقض هذا الترابط و التبادل فى عالم الاعتبار.

و أمّا اعتبار التسلّط على التصرف فيما يردّ أو يستردّ أو اعتبار التسلّط على ردّ ما فى يده و استرداد ما فى يد الآخر، فليسا من مقومات الفسخ بالخيار، بل هما من توابعه و آثاره، تطلب حسب صلاحية المورد.

و على ذلك فلا- مانع من إرث الزوجة الخيار كارتها الخيار فى غير العقار، فلها الاقتدار على نقض العهد، و فكّه، و حل التبادل الانشائى و الترابط الاعتبارى، و أمّا أنّه ما ذا تكون النتيجة بعد الحل فهو تابع لمقتضى القواعد و الضوابط.

فلو فسخ ما انتقل إلى الميت من العقار، تكون النتيجة اشتراكها مع سائر الورثة فى الثمن تارة كما إذا قلنا بأنّ الفسخ، فسخ من حين العقد و حرمانها منه كما إذا قلنا بأنّ الفسخ، فسخ من حين الفسخ.

فعلى الأوّل يكون المقام أشبه بما إذا ترك الميت الثمن من أوّل الأمر.

و على الثانى يكون الفسخ بمنزلة تحقّق معاوضة بين الورثة و بائع العقار، فتحرم من الثمن، لأنّ الثمن يدخل فى ملك من خرج المعوّض عن ملكه، و العقار خرج عن ملك سائر الورثة، فيدخل العوض فى ملكهم و لم تكن الزوجة شريكه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٦٠

معهم فيه.

و أمّا لو فسخ ما انتقل عن الميت بأن دفع الثمن و أخذ العقار، فيجىء فيه الاحتمالات الثلاثة الماضيه «١» عند بيان حجّة القول الرابع.

ثمّ إنّه يتصوّر فى المقام وجود موانع عن إرث الخيار:

١- إنّ الخيار سلطه على استرجاع ما انتقل عنه، أو على ردّ ما انتقل إليه، فلو قلنا باشتراط كلتا السلطتين، تحرم مطلقا. و لو قلنا بلزوم إحداهما لا بدّ من التفصيل الوارد فى القول الثالث و الرابع.

يلاحظ عليه: بما عرفت من عدم لزوم التسلّط على الردّ و الاسترداد، و إنّما يكفى التسلّط على الحلّ و النقض.

٢- إنّ الفسخ عبارة عن اخراج العوضين عن ملك المتعاقدين و ادخالهما فى ملكهما، و هذا المعنى مفقود فى المقام.

يلاحظ عليه: بما عرفت أنّه لا يعتبر فى إرث الخيار و اعماله سوى القدرة على الفسخ، و أمّا الاخراج و الادخال فإنّما تتبعان الضوابط و القواعد.

٣- إنّ الخيار شرع لجلب المال إلى ذى الخيار، و فيما إذا انتقلت الأرض عن الميت لا يكون الخيار للزوجه، إذ ليس فيه أى جلب مال بالنسبة إليها.

يلاحظ عليه: أنّه لا- دليل على هذا الشرط، و ربّما تكمن المصلحة للزوجه فى ردّ العقار إلى ملك الورثة، أعنى: أولادها. و إن لم يجلب لها مال.

و الحاصل أنّ الخيار شرع، لجلب المصلحة و التجنّب عن المفسدة، و ربّما

(١) - أى قولنا: لو قلنا بأن العقار بعد الفسخ يدخل فى ملك الميت ...

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٦١

تتحقق مصلحة الزوجة فى رجوع العقار إلى ملك أولادها «١» و إن لم يجلب لها المال.

هذا و إن السيد الاصفهانى ذهب إلى نفس ما اخترناه فقال: «و لو كان الخيار متعلقاً بمال خاص يحرم عنه بعض الورثة كالعقار بالنسبة إلى الزوجة، و الحبوّة بالنسبة إلى غير الولد الأكبر، فهل يحرم ذلك الوارث عن الخيار المتعلق بذلك المال مطلقاً؟ أو لا يحرم مطلقاً؟ أو يفصل بينهما إذا كان ما يحرم عنه الوارث منتقلاً إلى الميت، و ما كان منتقلاً عنه، فيحرم فى الثانى دون الأول ففيمما إذا انتقل العقار إلى الميت و كان له الخيار ترثه الزوجة بخلاف ما إذا باع العقار، و كان له الخيار، فلا ترثه، وجوه و أقوال أوقاها أوسطها» «٢».

هذا هو مقتضى القواعد فإن تمت و إلا فلا مناص عن القول الثانى و هو الحرمان لمناسبات مغروسة فى ذهن العرف يوجب انصراف دليل الخيار إلى من له السلطة إلى ردّ ما فى يده و أخذ ما فى يد الآخر، و كل واحدة من الصورتين فاقده لواحد من هذين الشرطين. و بذلك يستغنى عن البحث عن الأمر الثانى أعنى وجود اطلاق أو عموم.

المسألة الثانية: فى كيفية إرث الخيار مع تعدد الورثة:

إشارة

إذا ثبت أن الخيار حق موروث، يقع الكلام فى كيفية إرث الحق الواحد مع

(١) - إن لشيخ الشريعة رساله مفردة فى تحقيق حال الصورة الأولى - إذا فسخ العقد بعض الورثة لا نفس الزوجة - أسماها ب «ابانة المختار فى إرث الزوجة عن ثمن العقار بعد الأخذ بالخيار». و قد طبعت و انتشرت بتقديم منّا.

(٢) - وسيلة النجاة: ٣٢ / ٢ بحث خاتمة فى أحكام الخيار.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٦٢

كون الوارث متعدداً، وجه الاشكال أنه ليس الحق كالمال، حتى يشترك فيه الأفراد حسب السهام و الحصص، بل هو أمر واحد، فكيف يتسلط عليه افراد، فلا محيص إماماً عن تكثير الواحد، أو توحيد الكثير، و قد ذهب القوم فى حلّ الاشكال إلى مذاهب نشير إليها:

١- [الوجه الأول]

أن الحق الواحد يتكثر حسب تكثر الورثة، فيستقل كل بالخيار، و لأجل ذلك يقدم الفاسخ على المجيز، و إن تأخر الفسخ و ليس ذلك ببعيد، فإن حق القصاص، و حق القذف، و حق الشفعة يتكثر مع تكثر الورثة.

٢- [الوجه الثانى]

أن الحق الواحد يتكثر حسب السهام و الحصص، لا حسب تكثر الافراد، فكل واحد من الورثة يملك خياراً حسب حصته، غاية الأمر لو أجاز الباقون، و فسخ واحد تبعضت الصفقة على المشتري، فله الخيار.

٣- [الوجه الثالث]

أن الحق الواحد يرثه مجموع الورثة بما هو هو، فلا يجوز لواحد الاستقلال بالفسخ لا فى الكل، ولا فى البعض، فلو لم تجتمع كلمتهم على الفسخ لا يؤثر، لعدم تحقق الموضوع.

٤- [الوجه الرابع]

قيام الخيار بالمجموع بما أن المجموع من مصاديق طبيعة الوارث، و الطبيعة كما تتحقق فى ضمن الواحد تتحقق فى ضمن المجموع، وهذا غير القول بقيام الخيار بالمجموع ابتداء، و فرع عليه الشيخ بأن لازم ذلك هو كون التأثير للمتقدم من الفاسخ و المجيز، فلو أجاز لم يؤثر الفسخ، كما أنه لو فسخ لم تؤثر الاجازة.

هذه هى الوجوه المتصوره، و إليك تحليلها بدليلها.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٣

أما الوجه الأول:

فقد استدلل له بأن ظاهر النبوى «١» و غيره، ثبوت الحق لكل وارث لامكان تعدد من لهم الخيار بخلاف المال الذى لا بد من تنزيل مثل ذلك فيه على إرادة الاشتراك، لعدم امكان اجتماع الملاك شرعا لمال واحد، بخلاف الحق.

يلاحظ عليه: أولاً- أن النبوى غير ناظر إلى كيفية الوراثة، و إنما هو فى مقام بيان أصل الوراثة للحق و هكذا حال غيره من آية الموارث، و أما بيان الكيفية فترك إلى العرف و العقلاء.

و ثانياً: أن الحق الموروث حق شخصى لا نوعى كلى، فكيف يتصور أن يتبدل الحق الواحد الشخصى إلى حقوق متعدده من دون كسر و تبعض فى الحق.

و بعبارة أخرى: أن الوارث يرث نفس ما كان المورث يملكه، و هو كان واحدا شخصيا، فيبقى على حاله بعد الموت، فهو شخصى حدوثا و بقاء، فتوصيفه بالوحدة حيا و بالتعدد الحقيقى ميتا عجيب.

إن الأمور الاعتبارية، و إن كانت لا توصف بالاستحالة، لكن ليس الاعتبار أمرا اعتباريا غير خاضع لقانون عقلائى يراعيه العقلاء فى اعتباراتهم، بل يشترط فى جميع الاعتبارات العقلائية عدم التناقض فى الاعتبار، و إلّا يصير أمرا غير عقلائى، و على ضوء ذلك فلو

كان الحق الموروث واحدا شخصيا فى عالم الاعتبار، و كان الوارث يرث نفس ما تركه الميت، فكيف يتعدّد تعددا حقيقيا، و لا محيص فى رعاية هذا الشرط عن اعتبار كونه واحدا شخصيا بقاء كما كان كذلك حدوثا، و مع

(١)- لاحظ ص ٥٥٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٤٤

وحدته فى كلتا الحالتين لا يتصور تعدد الحقوق.

نعم للشارع أن يجعل لكل وارث خيارا مستقلا جعلاً ابتداءيا لا جعلاً تبعا للميراث و هو خارج عن موضوع البحث، و لعل بعض ما استدلل به القائل على تكثر الحقوق من هذا القبيل بمعنى أن الكثرة لأجل جعل الابتدائى من غير كونه تابعا للارث، و إليك تحليل ما استند إليه من الأمثلة الثلاثة.

أما حق القصاص، فالظاهر أنه من قبيل جعل الابتدائى لكل ولى بشهادة قوله سبحانه:

وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا (الاسراء / ١٧).

فإن ظاهر الآية جعل السلطان لمطلق الولي، و هو مطلق الوارث واحدا كان أم متعددا، فيكون لكل واحد حق القصاص، فلو عفا بعضهم لجاز استقلال الآخر بالأعمال مع أداء سهم غيره من الدية.

نعم يقع الكلام في أنه إذا توفى أحد الورثة هل ينتقل حق القصاص إلى أولاده أو لا، فعلى الأول لا يكون لكل واحد من الورثة حقا مستقلا، لما عرفت، إلا إذا كان هناك جعل مستقل مثل الجعل للطبقة الأولى من الورثة.

و أما حق القذف، فالظاهر من الرواية الواردة فيه، أنه لا يورث، بل هو أيضا من باب الجعل الابتدائي للوارث، قد ورد في موثقة عمّار الساباطي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: سمعته يقول: إن الحد لا يورث كما تورث الدية و المال، و لكن من قام به من الورثة فهو وليه، و من تركه فلم يطلبه فلا حق له، و ذلك مثل رجل قذف، و للمقذوف أخ، فإن عفا عنه أحدهما كان للآخر أن يطلبه بحقه لأنها

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٦٥

أمهما جميعا، و العفو إليهما جميعا «١».

و في موثقة السكوني: «الحد لا يورث» «٢».

فمعنى الحديث مع نفى الوراثة، هو ثبوت الحق لكل واحد من الورثة ابتداء و استقلالا من دون أن يرث كل واحد ذلك الحق من جانب أمه، خصوصا إذا كانت الأم ميتة، فلو تعلق بها حق لا ينتقل حقا إلى الأولاد وراثته، لأنّ الانسان يرث ما للمورث حال كونه حيا، لا- ما يرجع إليه حال كونه ميتا إلا ما خرج بالدليل كما هو الحال في الدية المتعلقة بالميت، إذا أصابه سهم فالدية تنتقل إلى الورثة حسب النص.

و أما الشفعة، فيلاحظ عليه: أن ثبوت الارث في حق الشفعة محل خلاف، فقال المفيد و المرتضى و أبو علي و الشيخ في بيع الخلاف، و ابن إدريس و يحيى بن سعيد، و عدّه من المتأخرين: إن الشفعة تورث مستدلا بالمرسل: «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه» و لكن الشيخ في النهاية و محكي الخلاف هنا و صاحب المهذب و الوسيلة، و غيرهم قالوا: لا تورث، بل عن المبسوط نسبه إلى الأكثر تعويلا على رواية طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي - عليه السلام - أنه قال: إن

(١)- الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٢، من أبواب حدّ القذف، الحديث ١ و ٢ و ٣، و لاحظ الباب ٢٠، الحديث ٣ رواية سماعة، و المقذوف الحقيقي هو الأم، و بسببها يكون الأولاد أيضا مقذوفين، و لأجل ذلك وصف الأولاد أيضا بكونهم مقذوفين. و بذلك يعلم مفاد حديث سماعة:

... فان كانت أمه قد ماتت فإنه ولي أمرها يجوز عفو.

نعم ذكر صاحب الوسائل في عنوان الباب لفظ الميراث، و هو يرجع إلى استنباطه و ليس في الروايات، ما يدل على ذلك غير لفظ الولي و هو أعم من الوراثة.

(٢)- الوسائل: ج ١٨، الباب ٢٢، من أبواب حدّ القذف، الحديث ١ و ٢ و ٣، و لاحظ الباب ٢٠، الحديث ٣ رواية سماعة، و المقذوف الحقيقي هو الأم، و بسببها يكون الأولاد أيضا مقذوفين، و لأجل ذلك وصف الأولاد أيضا بكونهم مقذوفين. و بذلك يعلم مفاد حديث سماعة:

... فان كانت أمه قد ماتت فإنه ولي أمرها يجوز عفو.

نعم ذكر صاحب الوسائل في عنوان الباب لفظ الميراث، و هو يرجع إلى استنباطه و ليس في الروايات، ما يدل على ذلك غير لفظ الولي و هو أعم من الوراثة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٦٦

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: لا تورث الشفعة «١».

وعلى فرض ثبوت الارث، فالمشهور الذى وصفه صاحب الجواهر بقوله بلا خلاف أجده «٢» هو أنها تورث كالمال، و تقسطن على النصيب، فلو ترك زوجة مثلاً و ولداً، فللزوجة الثمن، و للولد الباقي و مع ذلك (أى التقييد) كيف يوصف تعدد الحق بكونه اجماعياً؟ نعم ذكر المحقق بأنه لو عفا أحد الورث عن نصيبه لم يسقط، و كان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع، و فيه تردد ضعيف. و على ذلك فما ذكره أخيراً اجتهاد من المحقق، و إلا فهو حسب القواعد لا يأخذ إلا نصيبه.

اللهم إنما أن يقال: إذا حاول جميع الورثة أن يأخذوا بالحق فيقسط الحق و أما مع عدم إرادة البعض فيبقى الآخر بلا مزاحم فيأخذ الجميع دفعا للضرر، فتأمل. هذا كله حول الوجه الأول.

و أما الوجه الثانى:

فقد أورد عليه الشيخ بأن تجزئة الخيار بحسب متعلقه لم يدل عليه دليل لا النبوى ولا غيره، و غاية ما يستفاد من آية الموارث بعد ملاحظة عدم انقسام المتروك هنا، ثبوت القسمة فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو اسقاطه، و أما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلاً فى حصته فلا يستفاد منه.

يلاحظ عليه: أنه لم يدل دليل على عدم انقسام الحق كانقسام المال، فإذا كان الحق راكبا على العين فالمتبادر عرفاً انقسامه حسب انقسامها، و هذا أشبه بانقسام العرض، كالكيف المبصر بانقسام محلّه، فالحكم بانقسام المال دون الحق،

(١) - الوسائل: ج ١٧ الباب ١٢ من كتاب الشفعة، الحديث ١.

(٢) - الجواهر، ج ٣٧، ص ٣٩١ - ٣٩٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٦٧

حكم بلا دليل. ألا ترى أن حق التحجير الموروث ينقسم حسب اجزاء الأرض و التحجير الواقع عليه، كما أن حق الرهانة إذا مات المرتهن ينقسم حسب مالكية الورث للعين المرهونة، و هذا القول هو الموافق للارتكاز العرفى، و أمّا ما ذكره فى ذيل كلامه من ثبوت القسمة فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو اسقاطه فلا صلة له بالمقام، لأن الكلام فى انقسام الحق لا فى أحكام الفسخ، إذ لا شك أن الفسخ يؤدى إلى ما ذكره.

و أما الوجه الثالث:

إشارة

أى ثبوت الحق الواحد للمجموع، فهو خيرة الشيخ الأعظم و سيدنا الأستاذ - قدس سرهما - و أقصى ما عندهما فى اثباته، هو أن حق الخيار لا ينحل إلى حقوق ضرورة أنه لم يكن للمورث إلا حق واحد متعلق بالمبيع و لم يكن له إلا فسخ الجميع، أو امضاؤه، و هو بهذا الوصف ينتقل إلى الورثة، فلا تنحل إلى حقوق حسب الرءوس أو السهام «١».

يلاحظ عليه: أن كلامهما مشتمل على أمرين:

إنما الأمر الأول:

و هو التركيز على أنه حقّ واحد لا- يتعدّد، فهو كلام تام يبطل الوجه الأول لا- الوجه الثاني، فإنّه على الوجه الثاني أيضا حقّ واحد ينقسم إلى سهام حسب انقسام العين، فمجموع السهام لا يعدو أنه حقّ واحد، و خيار فارد.

و أمّا الأمر الثاني:

و هو أنّ المورث كان له امضاء الجميع أو فسخه، و الحقّ بهذا الوصف ينتقل إلى الورثة، فيلاحظ عليه أنّ هذا الوصف لم يتغيّر، فهو باق بصورة أخرى، و هي أنّه لو فسخ بعض الورثة دون بعض فلا ينفذ إلّا مع رضا

(١)- الخيارات: ٥/ ٢٦٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٦٨

المفسوخ عليه، و إلّا فله فسخ المعاملة من رأس لتبعض الصفقة عليه.

أضف إلى ذلك أنّ ما ذكره (من أنّ له امضاء الجميع أو فسخه) لم يكن من أحكام الخيار، بل من لوازم المورد و خصوصياته، لأنّه إذا كان المالك واحدا، لا يكون له إلّا ما ذكر، و أمّا إذا تعدّد الملاك و تعدّد الحق تبعاً، يكون لكلّ ذى حقّ حقّه.

و أمّا الوجه الرابع:

فإليك عبارة الشيخ في حقّه. قال: و هناك معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع، و هو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقّق الطبيعة في ضمنه، لا من حيث كونه مجموعاً، فيجوز لكل واحد منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر، لتحقّق الطبيعة في الواحد، و ليس له الاجازة بعد ذلك كما أنّه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده، لأنّ الخيار الواحد إذا قام بماهيّة الوارث واحداً كان أو متعدّداً، كان امضاء الواحد كفسخه ماضياً، فلا عبرة بما يقع متأخراً عن الآخر لأنّ الأول قد استوفاه. و لو اتّحدا زماناً كان ذلك كالامضاء ... «١».

فظاهر العبارة يعطى أنّ الموضوع طبيعة الوارث، و له مصداقان في الخارج، أحدهما: كل واحد من الوراث، و الآخر: مجموعهم: فالخيار متعلّق بالمجموع، بما أنّه مصداق للطبيعة.

و ليس مراده عدم انطباق طبيعة الوارث، إلّا على المجموع لأنّه يحتاج إلى تقييد الموضوع حتى لا- ينطبق إلّا عليه، مضافاً إلى أنّه خلاف صريح كلامه.

يلاحظ عليه: أنّ الاعتبار يشتمل على التناقض، لأنّ صرف الوجود كما ينطبق على المجموع ينطبق على الواحد، و انطباقه عليهما في عرض واحد يستلزم

(١)- الخيارات: ٢٩٢ ط تبريز.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٦٩

التناقض، فيما أنّ كل واحد مصداق للموضوع يرجع ذلك التفسير إلى المعنى الأول فيستقل كلّ بخياره، و تكون النتيجة تقدّم الفاسخ على المجيز، و بما أنّ المجموع هو المصداق تكون النتيجة عدم نفوذ الفسخ إلّا مع الاتفاق.

و بذلك يعلم أنّ ما فرع عليه الشيخ من أنّ الحكم للمتقدم، غير تام لما عرفت أنّ النتيجة على كل تقدير غير ذلك فعلى القول بكون

كل واحد مصداقا تكون النتيجة تقدّم الفاسخ مطلقا، و على الآخر يتبع الحكم نظر المجموع و الحق أنّ النظرية الرابعة مبهمه غير واضحة، و لأجل ذلك نرى أنّ السيد الاصفهاني يذكر من الاحتمالات، الثلاثة الأولى و يقول: «لا اشكال فى ما إذا كان الوارث واحدا و أمّا إذا تعدّد ففي كون الخيار لكل منهم بالاستقلال بالنسبة إلى الجميع أو بالنسبة إلى حصّته أو للمجموع بحيث لا أثر لفسخ بعضهم بدون ضمّ الباقيين لا فى تمام المبيع، و لا فى حصّته، أقوال، أقواها الأخير ثم أوسطها» (١).

فرع:

إذا اجتمعت الورثة على الفسخ فيما باعه مورّثهم، فهنا صور، و إليك بيانها:

- ١- إذا فسخت الورثة و كان عين الثمن موجودا بعد موت المورّث، فحكمه واضح، و هو أنّه يدفع نفس الثمن إليه.
- ٢- إذا كان الثمن تالفا سواء تلف فى حياة المورّث أو بعد موته، و لكن كان للميت مال آخر أخرج من ماله سواء كان للميت دين أو لا.

(١)- وسيلة النجاة: للسيد الاصفهاني ج ٢ بحث خاتمة فى أحكام الخيار المسألة الأولى.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٠

٣- نعم لو كان للميت دين مستغرق للتركة هل للورثة الفسخ أو لا؟ قال الشيخ بالأول قائلا بأنّ المحجور، له الفسخ بخياره، و فى اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه و جهان، و لو كانت مصلحتهم فى الفسخ لم يجبروا الورثة عليه، لأنّه لهم فلا يجبرون على إعماله. نعم يشترط أن لا يكون الفسخ و الأداء عن التركة سببا لحرمان الديان عن بعض ديونهم. إنّما الكلام إذا لم يكن للميت مال، و فسخت الورثة و له صورتان:

٤- لم يكن للميت دين فتكلّف الورثة بدفع الثمن، سواء قلنا بانتقال العين إلى الميت أو الورثة.

٥- إذا كان للميت وراء ثمن المبيع التالف دين، فقد ذكر الشيخ الأعظم احتمالين:

ألف: أنّ للورثة حقّ الفسخ و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع فى ملك الميت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن من ملكه فى المعين و اشتغال ذمّته ببدل الثمن فى الكلى.

ب: أنّ الورثة قائمون مقام الميت يتملّكون العين و تشتغل ذمّهم بثمانها من حيث إنهم كنفس الميت (١).

أقول: العرف يساعد القول الثانى، فإنّ الميت لا- تكون له ذمّة و لا- يكون مالكا، و الأموال كلّها تنتقل إلى الورثة من غير فرق بين العاجل و الآجل على أنّ مفاد الوجه الأول هو أداء دين الميت عن العين المستردّة، و ايكال من عليه الخيار بالنسبة إلى الثمن، إلى ذمّة الميت أو مشاركته مع سائر الغرماء و هذا ما لا يقبله

(١)- الخيارات: ٢٩٣، و فى العبارة اطناب و تعقيد و ما ذكرناه لبّ مراده.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧١

الذوق السليم. و لم يتعهد من عليه الخيار، بدفع العين بالفسخ، بلا دفع ثمن.

نعم يبقى هناك اشكال على هذا المبني، و هو أنّ ماهية الفسخ عبارة عن انحلال العقد الخاص الجزئى، اللازم منه رجوع كلّ عوض إلى محلّه الأوّل، فلو خرج العوضان عن ملك البائع و المشتري بالبائع، يجب أن يرجعا إلى محلّهما الأوّل فلو رجعا إلى غيرهما (بأن رجع المبيع إلى الورثة) كان ذلك خلافا للغرض لأنّ الفسخ حلّ البيع الشخصى الواقع على العوضين الخارجين عن ملك صاحبهما و ارجاعهما إلى محلّهما.

و على ذلك فيجب أن تنتقل العين إلى الميِّت، وإلا لا يعقل تحقُّق ماهية الفسخ في إرث الخيار «١».

يلاحظ عليه: أن الموت سبب- عرفا و شرعا- لانتقال كل ما للمورث من مال فعلى أو شأني إلى الورثة، أما الفعلي فواضح و أما الشأني فكالبيع الذي لو فسخه لملك، فإذا مات، انتقل كل ما يتعلَّق فعلا أو شأنا إلى الورثة، فيقومون مقامه و يكونون هم المسئولون للأخذ و الرد، و على ذلك، فلو فسخوا يدخل البيع في ملكهم لا في ملك الميت فلو كانوا عاجزين عن دفع الثمن أو متضايقين عن الأداء، فللمشترى حبس العين حتى يأخذ عنهم.

و ما قيل: إنَّ الفسخ عبارة عن حلِّ العقد و رجوع العوضين إلى محلِّهما، و لازم ذلك رجوع المبيع إلى الميِّت لا إلى الورثة. يلاحظ عليه: أن معنى الفسخ هو حلُّ العقد و نتيجة ذلك رجوع العوضين إلى مالكهما سواء كان المالك الفعلي هو المالك السابق أو لا. و المقوم لرجوع الملك

(١)- كتاب البيع، قسم الخيارات: ٥/ ٢٧٠.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٧٢

إلى شخص هو اتصافه بكونه مالكا، و الميِّت بعد فاقد لتلك الحيثية، فكيف يرجع إليه، و لو فسخ في حال حياته لرجع إليه، بما أنه مالك و موصوف بذلك العنوان، و إذا مات فقد انتقل العنوان إلى الورثة، و صاروا هم المعنونون بذلك العنوان و معه كيف يترقَّب رجوع العين إلى من ليس بمالك.

و لعلَّه إلى ما ذكرنا يرجع ما ذكره السيد الطباطبائي: أن الوارث يرث حقَّ الخيار الذي هو التسلُّط على حلِّ العقد من غير نظر إلى كونه عنه أو عن الميِّت، و لازمه انتقال كل من العوضين إلى المالك الفعلي للآخر كما في فسخ الأجنبي.

و ذهب سيِّدنا الأستاذ- قدس سره- إلى أن معنى الفسخ هو حلُّ العقد و رجوع المعوض إلى محلِّه السابق و لازم ذلك، دخوله في ملك الميِّت، ثم يخرج منه قضاء لحقيقته الفسخ و الحل.

ثم رتب عليه: أنه لو لم يكن للميِّت تركه لا- بدَّ بعد الفسخ من أداء ما على ذمِّه الميِّت بسببه، من المال الذي رجع إليه، و لو زاد، صارت الزيادة إرثا، و لو نقص بقي على ذمته، و ليس للورثة أدائه «١».

يلاحظ عليه: أولا: أن الأدلَّة الشرعية تنزل على ما يفهمه منها الأذهان العرفية، فإنَّ انتقال الملك بعد الفسخ إلى الميِّت الرميم، ممَّا لا يساعده العرف بعد انتقال كلِّ ماله إلى الوارث.

و ثانيا: كيف يحكم ببقاء الدين على ذمِّه المورث إذا نقص المال عن أداء الثمن مع أن الفسخ كان محدودا بالذات بردَّ العين و أخذ الثمن، لا ردها و أخذ بعضه.

(١)- الخيارات: ٥/ ٢٧٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٧٣

و ثالثا: كيف تكون ذمِّه الميِّت مسئولة عن نقصان المال مع أن هذا التالي جاء من فسخ الورثة لا من ناحية الميِّت و قال سبحانه: أَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴿١﴾ ثم إنَّ لازم ما ذكره اشتراك الغرماء في العين المردودة مع المشتري و ربَّما لا يصل إلى المشتري معشار ما دفعه إلى البائع. و هو ممَّا لا يلتزم به.

و بذلك يختلف حكم إرث الزوجة من العقار المنتقل عن الميِّت إذا رجع إليهم بالفسخ، فعلى القول بأنَّ الورثة، يتلقَّون الملك عن المورث، تحرم قطعاً لحرمانها عن العقار، و أمَّا إذا قلنا بأنَّهم يتلقَّونه عن المشتري بحلِّ العقد فللتأمل في إرثها عن العقار و عدمه مجال.

و بما ذكرناه يظهر النظر فيما ذكره السيد الاصفهاني حيث قال: إذا اجتمع الورثة على الفسخ فيما باعه مورثهم فإن كان عين الثمن موجودا دفعوه إلى المشتري، وإن لم يكن موجودا أخرج من مال الميت، ولو لم يكن له مال ففي كونه على الميت و اشتغال ذمته به فيجب تفرغها بالمبيع المردود إليه فإن بقي شيء يكون للورثة، وإن لم يف بتفريغ ما عليه، يبقى الباقي في ذمته، أو كونه على الورثة كل بقدر حصته، وجهان، أو جهما أولهما «٢» و الحق أن أوجهما ثانيهما. ولا أثر للقولين فيما إذا كان له مال و إنما يظهر الأثر فيما إذا لم يكن له مال و فسخت الورثة، فالحق أن المسئول هم الورثة، لا الميت، و أوضح من ذلك إذا كان له دين أيضا.

(١) - النجم: ٣٨.

(٢) - وسيلة النجاة: ٣٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٤

المسألة الثالثة: هل الخيار المجعول للأجنبي يورث أو لا؟

إذا جعل الخيار لأجنبي و مات ففي انتقاله إلى وارثه، أو إلى المتعاقدين أو سقوطه وجوه: أقواها الأخير و ذلك لأن جعله له لأجل غرض قائم بشخصه، و عليه يكون الشخص فى نظر العرف. مقوما لا- موردا، فيكون الجعل قاصرا عن غيره، و لأجل ذلك لا يكون أبناء الوزراء و الوكلاء، وزراء و وكلاء، بل بموتهم تبطل المناصب، و ما ذكره الشيخ من أن ظاهر الجعل مدخلية نفس الأجنبي. و ما أضافه غيره من أن الخيار مجعول له بما هو ذو بصيرة بأمر العقد، يرجع إلى بيان كون الجعل قاصرا و أن الجعل على أساس كونه مقوما لا موردا حتى ينتقل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٥

أحكام الخيار

الحكم الثانى: تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ

إشارة

قد عرفت أن للخيار أحكاما، و قد تعرّف على الحكم الأول و هو وراثته الخيار، و هنا نذكر الحكم الثانى و هو «أن التصرف فيما انتقل إليه اجازة، و التصرف فيما انتقل عنه فسخ»، و قد بحثنا عن الشق الأول خلال الخيارات السبعة، و نبحت الآن عن الشق الثانى، أعنى: كون التصرف فيما انتقل عنه فسخا، و تحقيق الموضوع يتوقف على تبين أمور:

[الأمر] الأول:

الاستدلال على صحّة الكبرى، و هو أن تصرف ذى الخيار فيما انتقل عنه فسخ فعلى.

[الأمر] الثانى:

هل الفسخ هو التصرف الناشئ عن قصد إنشاء الفسخ، أو مطلق ما يحكى عن كراهة البيع، و إن علم أنه لم يقصد بالتصرف إنشاء الفسخ.

[الأمر] الثالث:

إذا قلنا بأنّ الفسخ الفعلى ما صدر عن قصد إنشاء الفسخ، فما حكم التصرف المشكوك المرّد بين كونه صادرا عن قصد إنشاء الفسخ و عدمه، و إليك البحث عن الأمور الثلاثة.

أما الأول:

إشارة

فقد استدلّ عليه بوجهين:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٦

١- الإجماع على حصول الفسخ بالفعل كحصوله بالقول،

و هذا ممّا لا غبار عليه، و أمّا ما نقله الشيخ فى اتحاد حكمى الاجازة و الفسخ و أنّ كل ما تتحقّق به الاجازة يتحقّق به الفسخ أيضا، فسويفيك الكلام فيه فى الأمر الثانى، و إنّ الأمر فى الفسخ أضيق دائرة من الاجازة عند القائلين بحصولها بالتصرف.

٢- بناء العقلاء على حصوله بالفعل كحصوله بالقول

إذا أحرز كونه صادرا بتيّة الفسخ.

و أمّا الثانى:

فالظاهر اشتراط اقتران التصرف بقصد الفسخ، و ذلك لأنّه من الأمور الايقاعية كالطلاق و النذر و الوقف، و الاعتبار ايقاعيا كان أو عقديا، رهن قصد الانشاء بلا فرق بين القول و الفعل. فإذا صدر التصرف بقصد إنشاء الفسخ بالفعل، يتحقّق ذلك المعنى و إلّا فلا. نعم احتمال غير واحد فى خيار الحيوان أنّ التصرف إذا كان مصداقا للاسقاط عرفا، فهو مسقط للخيار و إن لم يعلم قصده أو علم الخلاف، استنادا إلى رواية على بن رثاب التى جاء فيها: «فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط» (١) فعطف باب الفسخ عليه فيما إذا كان الفعل مصداقا للفسخ فيحكم به و إن لم يعلم القصد أو علم خلافه، كما هو الحال فى باب خيار العيب.

يلاحظ عليه أولا: أنّ التصرف فى باب الاجازة مسقط تعيّد - عند جماعة - إذا كان عرفا مصداقا للرضا بالعقد و إن لم يكن هناك رضا المتصرف بالعقد، و لا دليل على كون الفسخ كذلك بل يعتبر فيه إحراز كون الفعل مقرونا بالكراهة بالبيع بل مقرونا بتيّة الفسخ، حتّى يتحقّق إنشاء الفسخ و الحلّ.

(١) - الوسائل ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٧

و ثانيا: ما سويفيك فى المسألة الآتية من أنّ التصرف المقترن بالرضا بالعقد كاف فى اسقاط الخيار، لأنّ الاسقاط و الاجازة قليل المثونة بخلاف الفسخ، فلا يكفى التصرف مع الكراهة فضلا عن التصرف الفاقد للنية.

و لأجل هذين الفرقين لا يصحّ الحكم على وحدة الموضوعين فى جميع الأحكام.

و بذلك يظهر أنّ ما أجاب به الشيخ من عدم تحقّق الاجماع غير كاف فى ردّه و الأولى ردّه بما ذكرنا فلاحظ.

و أمّا الثالث:

فلو ثبت أنّ الموضوع محدّد بصدور التصرف عن ذى الخيار بقصد الفسخ و لا يعم غيره و لكن دار أمر التصرف بين كونه حائزا لهذا الشرط أو لا، لاحتمال صدوره عن كراهة، أو جهل أو نسيان أو اشتباه أو غير ذلك فهل هنا أمانة تثبت عنوان الفعل و وجهه أو لا؟ ربّما يتمسك فى اثبات العنوان بأمرين:

١- أنّ الفعل إذا كان ظاهرا عند العرف فى الفسخ و لم يكن هناك علم بالخلاف فظهوره حجّة كظهور القول. يلاحظ عليه: أنّ ما يعتبر مثل هذا الظهور إذا كان التصرف على غير هذا الوجه قليلا كما إذا تصرف - بلا نية الفسخ - عدوانا أو نسيانا أو غيرهما، و أمّا إذا لم يكن قليلا فلا، و الظاهر قلّة سائر الموارد فيثبت كون التصرف بنية الفسخ كما سيوافيك فى تحليل الدليل الثانى.

٢- إذا كان التصرف أمرا محرّما فيما لم تكن هناك نية الفسخ، و محلّلا معها، فمقتضى أصالة الصّحة هو الأوّل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٨

قال الشيخ: إنّ أصالة حمل فعل المسلم على الجائر من باب الظواهر المعبرة شرعا كما صرح به جماعة، كغيرها من الأمارات الشرعية فيدل على الفسخ لا - من الأصول التعبدية حتى يقال: إنّها لا تثبت إرادة التصرف للفسخ لما تقرّر من أنّ الأصول التعبدية تثبت إلّا للوازم الشرعية لمجاريها «١».

يلاحظ عليه: أنّه لم يثبت كون أصل الصّحة أمانة كالأقارير التى يؤخذ بلوازمها، لأنّها كما هى حجّة فى مداليلها المطابقية فهكذا حجّة فى مداليلها التضمينية و الالتزامية، و أمّا أصالة الصّحة لأجل صون عرض المسلم، عن ارتكاب الحرام فلا تعدو عن ذلك الاطار، و أمّا اثبات لوازمها من كون التصرف بنية الفسخ و واقعا فى ملكه، فلا فضلا عن اثبات خروج العين عن ملكه و دخولها فى ملك الآخر.

إنّ للكلام سواء كان اخبارا أو إنشاء منزلة أخرى، فإنّ الأقارير فى المحاكم حجّة فى عامّة مداليلها المطابقية و التضمينية و الالتزامية و هكذا الانشاء كالأمر باللقاء فى البحر حجّة فى لازمه، أعنى: الضمان، بخلاف حمل فعل المسلم على الصّحة لأجل صون عرضه، فلا يستفاد من الأخبار سوى هذا و أمّا ترتيب لوازمها الخارجة عن ذلك الغرض فلا، ككون التصرف بنية الفسخ فلو تكلم زيد بكلام و دار بين كونه سلاما أو سبّا، فمقتضى الأصل حمله على الصحيح لا على الفاسد و أمّا وجوب ردّ السلام فلا يثبت به و هى أشبه ببعض الظنون التى لا تثبت بها لوازمها، فلو ظنّ بكون الجهة الخاصة هى القبلة فلا يثبت به الوقت.

و مع ذلك كلّ فلو كان الفسخ من اللوازم البينة لصّحة الفعل الصادر من المسلم بحيث يعد التفكيك بينهما أمرا غير مقبول عند العرف فيترتب عليه

(١) - الخيارات: ٢٩٤ طبعة تبرز.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٧٩

عرفا.

و قال الشيخ: و هنا كلام مذکور فى الأصول، و لعلّ مراده أنّ مقتضى الأصل حمل فعله على الصّحة عنده لا على الصحيح الواقعى، أعنى: كون التصرف بنية الفسخ. مع أنّ الصحيح عنده أعم منه، ككون التصرف نسيانا أو اشتباها أو لتخيل الوكالة.

يلاحظ عليه: أنّه يكفى فى نفي هذه الاحتمالات الأصول العقلانية فيتحد فى أكثر الموارد، الصحيح عند الفاعل، مع الصحيح الواقعى.

و أمّا التمسك فى اثبات الفسخ بأصاله عدم الفضولية، مع كونه أصلاً أزلياً لا أصل له، لا يثبت به الفسخ، و معه لا حاجة لردّها بتعارضها بأصاله عدم الفسخ. إنّ هناك مسائل طرحها الشيخ الأعظم و نحن نقتفيه.

المسألة الأولى:

إشارة

هل الفسخ يحصل بنفس التصرف، أو يحصل قبله متصلاً به، و بعبارة أخرى: التصرف سبب أو كاشف وجهان بل قولان قد نسب إلى المحقق و العلامة أنّه بنفسه سبب و ذهب الشهيد و المحقق الثانیان إلى الثانى. و الذى دعاهم إلى عقد هذه المسألة، تبين حكم أمرين:

١- حلیة التصرفات المحرّمة بدون الملك كالركوب و غيره، فعلى القول الأوّل يحرم التصرف و إن كان يتحقّق الفسخ بالأمر المحرّم دون الثانى.

٢- صحّة التصرفات الاعتبارية الموقوفة على الملك، التى يحصل بها الفسخ المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٠

كبيعه و رهنه، و هبته، فعلى الأوّل تبطل التصرفات دون الثانى و إن كان الفسخ يتحقّق، لأنّ الردّ يحصل بانشاء البيع جدّاً بقصد الفسخ و إن كان البيع باطلاً، لأنّ ترتّب الأثر لا دخل له فى تحقّق الفسخ. فيقع الكلام فى موردين:

[المورد] الأوّل: إذا تصرف ذو الخيار فيما انتقل عنه، تصرفاً يتوقّف على الملك:

إذا تصرف ذو الخيار فيما باع برکوب الدابة و حلبها فلا شكّ أنّ الفسخ يحصل بهما، إلّا أنّ الكلام فى حليتهما و حرمتها فالقائل بأنّ الفسخ يحصل بالقصد يصف الأفعال الخارجية بالحليّة، قائلاً بأنّ الفسخ يحصل بالتيّة المتقدّمة عليها. و لكن التحقيق هو القول الأوّل و ذلك بوجوه:

١- إنّ الفسخ - كما مرّ - لا يحصل بالأمر النفسانية لأنّه من الايقاعات المتوقّفة على الانشاء، كالطلاق و النذر و الوقف فلا بدّ من إنشاء خارجى قولى أو فعلى كاشف عن الكراهة، بل عن إرادة الرجوع.

٢- لو قلنا بحصوله بالتيّة لزم الالتزام بحصوله بها فى الفسخ القولى و عندئذ يحصل الفسخ قبل الإنشاء، مع أنّ الظاهر منهم أنّه لا يحصل إلّا بانضمام القول، و لا يصحّ التفكيك بينه و بين الفسخ الفعلى و أنّه يحصل بانضمامه فى القولى دون الفعلى.

٣- لو قلنا بحصول الفسخ بالتيّة «١» و أنّه لا دور للفعل إلّا الكشف، لزم الالتزام بكفاية كل فعل كاشف. استدلال للوجه الثانى بوجوه:

١- إذا كانت الاجازة حاصله بنفس الرضا كما هو ظاهر قوله: «و ذلك رضا

(١)- و قد عبر الشيخ بلفظ الكراهة و الأولى هو القصد لعدم كفايتها ما لم يكن هناك قصد الفسخ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨١

منه بالبيع» يكون الفسخ مثله.

يلاحظ عليه: وجود الفرق بين الاجازة و الفسخ، لإمكان أن يقال: إنّ الموجب للزوم المعاملة الخيرية هو العقد، إذا حصل منه الرضا،

و ما ذلك إلبا لأن الملك انتقل شرعا إلى المشتري و لم يبق شىء سوى صيرورته لازما و خروجه عن التزلزل، فيكفى فيه الرضا بالعقد، بخلاف الفسخ لأن له دور النقل و الانتقال فينقل المبيع إلى البائع، و الثمن إلى المشتري ثانيا، فهو أشبه بالتملك و التملك الجديدين فلا محيص عن إنشاء الحلّ و الفسخ.

٢- إذا دلّ الدليل على جواز الفسخ بكل فعل و تصرف دلّ على جواز كلّ تصرف، الملازم لوقوعه فى ملك الفاسخ، و إلبا لا يكون جائزا، الملازم بوقوع الفسخ بغير التصرف و ليس إلبا هو الكراهة النفسانية أو قصد الفسخ «١».

يلاحظ عليه: أنه لم نقف على دليل فى باب الفسخ أنه يحصل بالفعل فضلا عن كلّ فعل و تصرف، و إنما ورد فى باب الاجازة و وجود الاطلاق فيه لا يلزم وجوده فى جانب الفسخ، لأنّ التصرف فيما انتقل إليه تصرف حلال، بخلاف التصرف فى جانب الفسخ فإنه حرام لأنه تصرف فى مال الغير. و على فرض وجود الدليل فالصحة نسبية و هى الصحة الوضعية أى حصول الفسخ بكلّ فعل و تصرف حلالا أو حراما، لا الصحة التكليفية بمعنى كونه حلاله.

٣- أن مقتضى صيانة فعل المسلم هو الكشف، لأنه مع السببية يقع الفعل حراما. يلاحظ عليه: أن مجرى أصالة الصحة، فيما إذا علم وجه الصحة و الفساد

(١)- و إلى ذلك أشار الشيخ بقوله: «و توهم أن الفسخ إذا جاز بحكم الخيار جاز بكل ما يحصل به قولاً أو فعلاً، فاسد...» لاحظ المتاجر قسم الخيارات ص ٢٩٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٢

و دار أمر عمل المسلم بينهما فيحمل على الصحة، و أما إذا جهل وجه الصحة و الفساد، فلا يمكن أن نستكشف وجه الصحة من حمل فعله عليها كما فى المقام.

مثلا فيما علم أن الفسخ يحصل بالقصد و تردّد أمر التصرف بين كونه عن قصد الفسخ أو لا، فمقتضى الأصل، الحمل على الأول، و أما إذا تردّد الحكم الشرعى و أنه بما ذا يحصل، فهل يحصل بالقصد أو بالفعل؟ فلا يصح استكشاف الأول من حمله على الصحة، و أن كون عمله صحيحا يستلزم، الالتزام بكون الفسخ يحصل بالنية.

و الظاهر: أن البحث فاقد للثمرة، سواء أقلنا بأنّ الفسخ يحصل بالنية أو يحصل بنفس التصرف، فهذا النوع من التصرفات ليست بمحرمة لانصراف الأدلة عن التصرفات التى تقع فى طريق إعادة الملك و سلطنته و إنما المحرّم هو التصرف فى مال الغير الذى انقطعت صلته بالتصرف، أو لم تكن أيه صلة بينه و بين الفاعل.

و إن شئت قلت: إنّ الاستفادة من أدلة الخيار و جواز الفسخ، أن لذى الخيار سلطنته على هذه الأفعال أى له حقّ التصرف فى المبيع الذى باعه من الغير بشرط الخيار، إذا كان بعنوان الفسخ.

و بذلك يظهر: أن ما ذكره الشيخ من أنه تحرم التصرفات الفعلية المحققة للفسخ كالوطء، و الأكل، لأنّ الظاهر من قوله سبحانه إلبا على أزواجهم أو مملكتهم أو ما اتّصف بكونها مملوكة، فالوطء المحصل للفسخ لا يكون بتمامه حلالا، منظور فيه، لأنّ الحصر فى الآية إضافى، و المراد ملك الغير الذى لا صلة له بالواطىء إلبا مطلقا أو انقطعت صلته دون

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٣

الأمة التى للواطىء حقّ إرجاعها إلى ملكه.

فعلى ذلك يكون البحث عادم الثمرة.

[المورد] الثانى: إذا تصرف فيما انتقل عنه بالبيع و نحوه:

اشارة

إذا تصرف ذو الخيار فى ما انتقل عنه بالعقد، كالبيع و العتق و الهبة و الرهن، فلو قلنا بأن الفسخ يحصل بالتيه المكشوفه بالتصرف، فلا شك فى صحه هذه العقود، لأنه باع أو وهب أو رهن، و العين ملكه، إنما الكلام فى تصحيح العقود على القول بأن الفسخ يحصل بنفس التصرف الاعتبارى و هناك وجهان أو قولان:

[القول الأول: إن هذه العقود باطله:]**[الأدلة على البطلان]****اشارة**

و استدل على البطلان بوجوه:

١- إن صحه البيع و نحوه مشروط بالملك،

و المفروض أن العاقد غير مالك للعين عند اجراء العقد. و أوجب عنه: بأن الفسخ يحصل بأول جزء من العقد، فيكون الفاسخ مالكا بعد مضي جزء من العقد، فيكون المحل قابلا لمجموع العقد، فيقع البيع و العتق فى الملك. يلاحظ عليه: أن القائل بالبطلان يدعى أنه يشترط وجود الملك عند الشروع بالعقد، فلا يكفى حصوله أثناء العقد.

٢- إن الصحه مستلزم للدور

لأن البيع موقوف على الملك، و هو موقوف على المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٤ الفسخ، و هو موقوف على البيع فيلزم الدور المضمّر، و فى النهاية توقّف البيع على نفسه. و أوجب: بأن الدور معي، و يكفى حصول الملك و البيع معا. يلاحظ عليه: أن المدعى يقول: بأن المتبادر من قوله: «لا بيع إلا فى ملك» لزوم وقوع البيع بتمام أجزائه فى الملك المتقدم، فيلزم أن يكون الملك متقدما على البيع زمانا فلا يكون الدور معي، على أن الدور المعى من أقسام الدور المصرّح و الدور هنا مضمّر.

٣- إن الشئ الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد

«١» كالتكبيره الواحده حيث لا تكفى لابطال صلاه و الدخول فى صلاه أخرى، إذ الشروع فى الأخرى فرع الخروج من صلاه قبلها، فلا يكون شئ واحد مخرجا و مدخلا. و أوجب: بمنع عدم صحه حصول الفسخ و البيع بشئ واحد باعتبارين، و أما عدم كفايه تكبيره واحده لابطال صلاه و الدخول فى صلاه أخرى، فلأنها تكون محرّمه فلا يجوز أن تقع جزء للعباده. و يمكن أن يقال: إن المدخل المحقق للفسخ هو الايجاب الذى مفاده هو النقل الانشائى و أما المخرج فإنما يتحقق بضم القبول إلى

النقل الانشائي، و ما لم ينضم إليه القبول لا يكون مخرجا.

[القول] الثاني: صحة هذه العقود:

و استدل على الصحة بأن المقام أشبه بما إذا باع مال غيره فملكه.

(١) - أى الادخال فى ملك ذى الخيار، و الاخراج عنه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٥

فأجيب: بعدم تسليمه فى المشبه به بل هو يحتاج إلى الاجازة فيكون المقام مثله.

ثم إن الشيخ الأعظم أتى بكلام حاسم و قال: لو قلنا بأن المستفاد من الأدلة، اشتراط وقوع الانشاء فى ملك المنشئ، فلا مناص عن القول بالبطلان، لأن معناه تقدم الملك على جميع أجزاء العقد بخلاف ما لو قلنا بأن المستفاد عدم وقوع العقد فى ملك الغير، الذى يترتب عليه نقل مال الغير بغير إذنه، فلا مناص عن الصحة لأن الممنوع شرعا، وقوع تمام السبب فى ملك الغير لا بعض أجزائه فى ملكه.

و بالجملة: الممنوع ما يترتب عليه نقل ملك الغير بغير إذنه من دون أن يملكه العاقد فى آخر العقد، و ليس المقام كذلك إذ لا يترتب عليه نقل ملك الغير بغير إذنه، بل يترتب عليه آجلا نقل ملك العاقد إلى شخص آخر.

ثم أجاب بوجه آخر و قال: إن المراد من البيع هو النقل العرفى الحاصل من العقد لا- نفسه، و بعبارة أخرى المعنى المسببى الذى يتحقق بعد تمام العقد، و حينئذ فالفسخ يحصل بأدنى جزء من العقد، و أما المعنى المسببى، فيحصل بتمام العقد، و قد ملك العاقد العين عنده «١».

هذا كله ما ذكره الشيخ، و قد جئنا بكلماته على نظام يسهل للقارئ فهمه، و نضيف إلى توضيح كلامه بأن قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا بيع إلا فى ملك» و «لا عتق إلا فى ملك» حكم إرشادى إلى ما عليه العقلاء حيث يمنعون هذا النوع من التقلبات و التصرفات إلا من المالك، حفظا للنظام و تثبيتا للأمن، فليس للغير التقلب فى

(١) - الخيارات: ٢٩٥ ط تبريز بتصرف.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٦

مال الغير ببيعه، و عتقه إذ عندئذ يختل النظام، فإذا كان قوله صلى الله عليه و آله و سلم إرشادا إلى ما عليه العقلاء فيجب علينا تبيين ما عليه العقلاء من منع البيع إلا فى ملك، و من المعلوم أن الممنوع عند العقلاء هو التصرف فى مال الغير الذى ينتهى إلى التصرف فى مال الغير بلا إذن، و أما التصرف فى مال الغير الذى لا ينتهى إلى ذلك فهو غير ممنوع و ليس قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا بيع إلا فى ملك» إلا ناظرا إلى ما هو المعتبر عندهم فيكفى فى صحة البيع هذا النوع من الملكية الحاصلة للعاقد فى أثناء العقد.

ثم إن لسيدنا الأستاذ- قدس سره- بيانا قريبا مما ذكره الشيخ الأعظم، قال: إن البيع الذى هو قائم بالايجاب وحده، غير متوقف على الملك و إنما يتوقف عليه الحكم بالنقل الواقعى الحاصل بضم القبول و الملكية حاصلة لديه، و بعبارة أخرى: النقل الانشائي غير متوقف على الملك و هو حاصل بنفس الايجاب، و حكم العقلاء بالنقل الواقعى عند قبول المشتري متوقف عليه، و هو حاصل عنده. و بعبارة أخرى: الايجاب فى البيع ايجاد تمام ماهيته، و القبول لا دخل له فى ماهيته و إنما الاحتياج إليه لأجل ترتب الأثر الواقعى على البيع.

و على ذلك فالايجاب الذى مفاده النقل الانشائى الذى يتحقق به الفسخ غير متوقف على الملك. و إنما يحتاج إليه الحكم بالنقل الواقعى الذى يتحقق بضمّ القبول على الايجاب و هو حاصل للبائع فى هذا الظرف بايجابه المحقق للفسخ «١».

(١) - الخيارات: ٢٨٣ / ٥، و ما ذكره - قدس سره - قريب مما ذكره الشيخ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٧

المسألة الثانية: فى تصرف غير ذى الخيار فيما انتقل إليه:

إشارة

هل يجوز لغير ذى الخيار، التصرف فيما انتقل إليه تصرفاً يمنع من استرداد العين عند الفسخ أو لا؟ فيه وجوه و أقوال:

١- [القول الأول]

الجواز مطلقاً.

٢- [القول الثانى]

عدم الجواز كذلك.

٣- [القول الثالث]

الفرق بين العبد و غيره فيجوز فى الأول بالعتق دون الثانى.

٤- [القول الرابع]

الفرق بين الخيار الأصلى كخيار المجلس و الحيوان و الذى يجعل المتعاقدين، كخيار الشرط فيجوز فى الأول دون الثانى.

٥- [القول الخامس]

الفرق بين ما يكون ثابتاً بالفعل و ما يكون ثابتاً فيما بعد، فلا يجوز فى الأول و يجوز فى الثانى مثل خيار التأخير و الرؤية و الغبن و مثله ما إذا اشترط الخيار فى زمان منفصل عن العقد.

ثم إن تحقيق المسألة بكافه شؤونها يتوقف على الكلام فى أمور:

ألف: جواز التصرف تكليفاً.

ب: نفوذ التصرف و ضعا.

ج: جواز الاجبار على فسخ العقد لردّ العين.

د: و على فرض عدم النفوذ هل يفسخ العقد الثانى من حين فسخ الأول أو من أصله؟ فيه قولان كما سيوافيك.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٨

ألف: جواز التصرف تكليفا و عدمه:

لو قلنا بتوقف حصول الملك على انقضاء زمان الخيار، فلا يجوز التصرف لعدم كون المتصرف مالكا إنما النزاع لو قلنا بعدمه و أن المشتري - مثلا - يملك و إن كان للبائع خيار. كما أن النزاع فيما لم يعلم من القرائن، أو لم يصرح فى المتن بلزوم إبقاء العين بحالها، مثل قوله: «بعت الدار بكذا، و أشرت عليك لو أنا جئت بثمانها إلى سنة أن تردّ على» فلو علم أو اشترط، فلا يصح التصرف فيه بالاتلاف و لا بالبيع. فإذا تبين محل النزاع فلو كان التصرف بالاتلاف يقع الكلام فى جوازه تكليفا، و أمّا إذا كان بنحو النقل إلى الغير بيع و هبته أو ايجار يقع فى جوازه تكليفا و وضعاً، و سوف يتضح حال كلا الموردين.

استدل على القول الأول: بعموم سلطنة الناس على أموالهم،

و المفروض أن المشتري مالك و كل مالك له التقلب فى ماله كيف يشاء، غاية الأمر أن للبائع الخيار فإذا فسخ، تشتغل ذمة المشتري بالمثل أو القيامة شأن كل تالف.

استدل على القول الثانى: بأن المقتضى و إن كان موجوداً، لكن المانع غير مفقود

و هو تعلق حقّ البائع بالعين، فالتصرف إتلافاً أو نقلاً مانع عن استرداد العين، قال الشيخ: إن الخيار حقّ يتعلّق بالعقد، المتعلّق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحلّ العقد إلى ملكهما السابق فالحقّ بالآخره متعلّق بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحقّ باتلافها أو نقلها إلى شخص آخر «١».

(١)- الخيارات: ٢٩٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٨٩

و أوضحه السيد الطباطبائي بقوله: إن له حقين فى عرض واحد: حقّ فى العقد ليفسخه، و حقّ فى العين ليستردها و لأجل تعدّد الحقين، لا يبطل حقّ الفسخ، بتلف العين و لو قلنا بوحدة الحق و أن له حقاً فى العقد ليسترده العين، فهو على وجه تعدّد المطلوب، بحيث لو لم يمكن استيفاء الثانى لأجل التلف يبقى الأوّل على حاله «١».

و يؤيد ذلك أمران:

١- ما ذكره صاحب الايضاح فى تعليل بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانته حقّ البائع فى العين المعينة عن الابطال.

٢- ما يظهر منهم بلا خلاف من أن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقاً متعلقاً بالعين لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار فإنّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف (مع بقاء الخيار) و عدم الالتزام بالعقد و إرادة الفسخ بأخذ القيامة.

يلاحظ عليه: أولاً: بالنقض بالشفعة، فإنّ حقّ الشفيع متعلّق بالعين المشترأ من شريكه و هو لا يمنع المشتري من نقل العين، نعم الشفعة سلطنة على نقل جديد، بخلاف الخيار فإنّها سلطنة على إرجاع الملك إلى الحالة السابقة و لكنّه لا يكون فارقاً فى المقام، إذ على كلّ تقدير للبائع و الشريك حقّ متعلّق بالعقد أو العين.

و ثانيا: بالحلّ و هو أنّ الخيار ليس أزيد من السلطنة على حلّ العقد، و الزائد عليه، من تعلق حقّ بالعين يحتاج إلى الدليل، فلو دلّ عليه دليل يؤخذ به كما فى مورد الرهن، فليس للرهن، بيع العين المرتهنة، لأنّ حقّ الرهن و كونها وثيقة، قائم

(١) - تعليقه السيد الطباطبائي: ١٥٧ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩٠

بالعين فلا يصحّ التصرف فيها الموجب لابطال حقّ المرتهن، و إلّا فليس لذي الخيار حقّ إلّا حلّ العقد، و أمّا ما هو المرجع عند التلف و الاتلاف فيرجع فيه إلى حكم العقلاء.

و أمّا سقوط الخيار مع الاذن فى التصرف فليس لأجل منافاة التصرف مع إرادة الفسخ، حتى يقال بعدم المنافاة، بل لأجل دلالة الاذن على اسقاط الخيار.

و الحاصل: إذا لم يدلّ دليل على لزوم ابقاء العين بقربنه خارجيه و لا داخلية، فلا يدلّ الخيار على أزيد من كون ذى الخيار مالكا لحلّ العقد، و فسخه، و أمّا الزائد عليه فيرجع فيه إلى سائر الأدلّة، فلو كانت العين باقية فتدفع و إلّا فينتقل إلى البدل.

أمّا القول الثالث:

أعنى: الفرق بين مورد العبد و غيره بتعلق الخيار فيه على العين فيبطل بالعتق، و تعلقه بالعقد فى غيره، فليس له دليل ظاهر سوى بناء العتق على التغليب، و هو لا يكون قرينه على تعلق حقّ ذى الخيار فى غير العبد، بالعقد لا بالعين.

و أمّا القول الرابع:

أعنى: التفريق بين الخيار الأصلي و الجعلى، و أنّ الخيار فى الأوّل يتعلّق بالعقد، فلا يمنع عن التصرف، بخلاف الجعلى فهو يتعلّق بالعين فلا يجوز التصرف فيها، فليس له دليل إلّا إذا علم من حال المتعاقدين إرادة ذلك بأن يعتبر فى شرط الخيار بقاء العين، و هذا فى الحقيقة يرجع إلى شرطين: حقّ الخيار، و حقّ الابقاء، و إلّا فليس هنا إلّا حق واحد.

و الحاصل: لو كان الشرط نفس خيار فسخ العقد، كما لو قال: له خيار الفسخ إلى سنة، كان حاله حال الخيارات الأصلية، إلّا أن يعلم من القرينة الخارجية، لزوم صيانة العين.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩١

و لو كان الشرط ردّ العين عند دفع الثمن، أو كون العين عنده على نحو شرط النتيجة، فلا يجوز التصرف المانع من الردّ كالاتيلاذ، أو النافذ كالبيع، لأنّ الخيار متضمّن لشرط آخر و هو حقّ استرجاع العين. و فى روايات الباب إشارة إلى ما ذكرنا «١».

أمّا القول الخامس:

و هو التفريق بين الخيار الفعلى و الخيار بالقوة، فقد بحث عنه الشيخ الأعظم فى نهاية المسألة و ذكر هناك وجوها ثلاثة و كان عليه أن يقدم البحث عنه فى المقام لأنّه من فروع القول بجواز التصرف و نحن نقتفيه «٢».

ثمّ إنّ الحكم بالجواز و عدمه مبنى على تعلق الخيار بالعقد أو بالعين، و بعبارة أخرى هل لذي الخيار وراء حلّ العقد، حقّ فى العين أو لا، و هذا هو مفتاح المسألة لا غير.

هذا كلّه حول الجواز التكليفى و أمّا الجواز الوضعى فإليك الكلام فيه.

ب: في الجواز الوضعي:

قد عرفت أن للجواز مرحلتين: الجواز تكليفا، أي كون التصرف غير محرم

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣، وقد ورد في الأول: «إن أنا جئتكم بثمانها (الدار) إلى سنة أن ترد علي». وفي الثاني: «فشرط إنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك» و الشرط في الأول شرط الفعل، وفي الثاني شرط النتيجة.

ثم إن الاستيحاش من تجويز التصرف لأجل أن الخيارات المجعولة تكون على أساس حفظ العين و ردّها في أجله. فيكون الجواز في غير هذه الصورة بلا اشكال.

(٢) - سيوافيك الكلام فيه ص ٥٩٦.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٩٢

و الجواز وضعاً، أي نفوذ التصرف الاعتباري، و قد مرّ الكلام في الأول و إليك الكلام في الثاني، و هل الجواز تكليفاً يلازم الجواز وضعاً أو لا؟ وجهان:

١- إذا جاز التصرف فلا وجه لإهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقد الثاني على ماله.

٢- إن تملك العاقد الثاني مبنياً على العقد الأول، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن، بالنسبة إلى ما بعد الفسخ، كان من لوازم ذلك، ارتفاع ما هي عليه من التصرفات و العقود.

و إن شئت قلت: إن العاقد الثاني يتلقى الملك من المشتري الأول، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن، و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع، ارتفع بذلك ما استند إليه من العقد الثاني.

و الحق هو الوجه الأول، و ذلك لأن صحة البيع الثاني و لزومه من آثار كون البائع الثاني مالكا حين البيع، لا من آثار بقاء ملكيته إلى الأبد حتى و لو بعد الفسخ و إلى ذلك أشار الشيخ الأعظم: «فإن تملك العاقد الثاني مستند إلى تملك المشتري أنا ما، لأن مقتضى سلطته في ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصرفات».

ج: هل يجبر على فسخ العقد الثاني؟

لو قلنا بنفوذ التصرف و كان لازماً، لا معنى لاجبار العاقد الأول على فسخه، إذ المفروض أنه لازم، إلا أن السيد الطباطبائي قال بجواز الاجبار في هذا المورد أيضاً، إذا أمكن الاقالة أو الاشتراء من جديد. و سيوافيك كلامه. إنما الكلام

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٩٣

إذا كان جائزاً، فهل يجبر على الفسخ إذا فسخ ذو الخيار أو لا؟ وجهان:

١- عدم الجواز، لأن جواز العقد يوجب سلطته العاقد على فسخه لا سلطته الثالث الأجنبي (البائع الأول) و أما إجبار العاقد بالفسخ فهو مبنياً على تسليم أمر و هو أن ما يدفعه المشتري إلى البائع من المثل أو القيامة، من باب البدل للحيلولة، فمع تعدد المبدل كالغريق في البحر، يدفع البدل مؤقتاً، فمع التمكن يجب تحصيله.

يلاحظ عليه: أنه على فرض قبوله إنما يتم إذا كان المبدل باقياً في ملك مستحق البدل كما في المثال لا في المقام الذي خرج فيه العوض عن ملك مستحق البدل، و دخل في ملك العاقد الثاني، و قد عرفت أن نفوذ العقد الثاني مبنياً على تملك المشتري أنا ما، لا إلى الأبد حتى يقال: إن الفسخ جعل العقد كأن لم يكن، هذا ما عليه الشيخ.

٢- الجواز، قائلاً بأن ما على المفسوخ عليه إنما هو نفس ما وقع عليه العقد و إن كان تالفاً ففي حال التلف أيضاً يقال: إنه يضمن نفس العين بمعنى أنها في عهده لا- بدلها، و إنما يعطى البدل في مقام تفرغ الذميه فإذا كان في عهده الضامن نفس العين في جميع المقامات حتى في القيميات و إنما الانتقال إلى البدل و هو المثل أو القيامه، من باب أنه القدر الميسور من ردها، يكون المثل أو القيامه من باب البدل للحيلولة، فإذا تمكّن من ردّ المبدل نفسه وجب حتى في العقود اللازمة إذا أمكنت الاقالة أو الشراء ثانياً من دون ضرر عليه (١).

يلاحظ عليه: أن الأعيان الخارجيه الجزئيه المتشخصه لا يتصور لها الثبوت

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي: ١٥٨ / ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٩٤

في الذمه لا في حاله وجودها و لا في حاله تلفها.

أما الأولى: فلأن ظرف العين المتشخص هو الخارج، لا الذمه، و الذمه ظرف للكليات غير المتشخصه التي لا يبذل في مقابلها الثمن إلا باعتبار إضافتها إلى الذم المعبره بخلاف الأعيان الخارجيه، فيعد أموالاً بما هي هي من دون حاجه إلى إضافتها إلى ذمه رجل، له ذمه معتبره.

و لو أضيفت الأعيان الخارجيه إلى شخص و قيل إنها على عهده، فإنما يراد منها أنه المسئول عنها بردها إلى مالكةا إن كانت موجوده و جبر خسارتها إن كانت تالفه.

و أما الثانيه: فإن التلف قد قضى على شخصه و عينه فصار عدماً محضاً، فلا يصح أن يقال: إن العين المتشخصه على ذمه المتلف. بل لا- مناص إلا إرجاع ذلك الكلام إلى المسئوليه و أنه المسئول عنها في حالتها الوجود و العدم، و الخروج عنها بأحد أمرين: إما برده العين إذا كانت موجوده، أو بردها ما يثبتها بالمثل أو القيامه فيكون ما يدفعه في زمان الخروج عن المسئوليه نفس ما اشتغلت ذمته، فإذا دفع خرج عن العهده فلا معنى للجبر على فسخ العقد.

د: على القول بعدم نفوذ هل يفسخ من أصله أو من حينه:

لو قلنا بعدم نفوذ التصرف فيما انتقل إليه من ذى الخيار، و فرضنا أنه فسخ العقد الأول، هل يفسخ العقد الثاني من رأسه أو من حين الفسخ؟

وجهان:

ينفسخ من رأسه و ذلك حفظاً للقاعده الفقهيه، أعنى لا يخرج المعوض إلا

المختار في أحكام الخيار، ص: ٥٩٥

من ملك من دخل العوض في ملكه، فإذا دخل العوض بفسخ العقد الأول في ملك البائع الثاني، يلزم أن يخرج المعوض من ملكه و يدخل في ملك البائع الأول، و هو لا يتحقق إلا بفسخ العقد الثاني من رأسه و كأنه ما خرجت العين من ملك البائع الثاني و لم يدخل في ملك الآخر، فإذا ردّ العوض إلى البائع الثاني يتلقى المعوض منه.

و هذا بخلاف ما إذا قلنا بالفسخ من حين فسخ الأول، إذ عندئذ يتلقى - بالفسخ - المعوض من المشتري الثاني، مع أنه دفع العوض إلى البائع الثاني.

و إلى ذلك يشير الشيخ بقوله: «فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ (البائع الأول) الملك من العاقد الثاني (البائع الثاني) بل لا بدّ من انفساخ العقد الثاني بفسخ الأول و رجوع العين إلى ملك المالك الأول (البائع الثاني) ليخرج منه إلى ملك الفاسخ».

يلاحظ عليه: أن صيانة القاعدة عن النقص كما يتحقق بالقول بكون الفسخ من رأسه، هكذا يتحقق بالقول بكونه من حينه، و ذلك بالقول بأن المبيع ينتقل من المشتري إلى البائع الثانى أنا ما، ثم يتلقى البائع الأول الملك منه و الالتزام بالملك التقديرى كثير فى كلماتهم كما إذا قال: اعتق عبدك عنى أو بع مالك عنى، أى ملكهما لى، ثم اعتق أو بع عنى. و بذلك يعلم الوجه الثانى مع دليله.

و الذى يسهل الخطب أن البحث فرضى و أن القول بعدم النفوذ غير صحيح.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩٦

احتمال الفرق بين الخيار المنجز و غيره فى جواز التصرف:

هذا البحث من فروع الكلام فى الأمر الأول و أنه هل يجوز التصرف أو لا؟

و كان على الشيخ البحث عنه هناك و لكنه أخره إلى هنا. فلو قلنا بعدم الجواز فى الخيار المنجز فهل يمكن ابداء الفرق بينه و بين غيره أو لا؟ فقد ذكروا فيه وجوها:

١- عدم جواز التصرف قبل تنجز الخيار أيضا لأن المانع عن التصرف فى المنجز هو تزلزل العقد و كونه فى معرض الارتفاع و هو موجود هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ.

٢- جواز التصرف: لأنه لاحق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف.

٣- الفرق بين الخيار المتوقع على حضور الزمان و المتوقع على شىء آخر كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف لأن ثبوت الحق فى الأول معلوم و إن لم يحضر زمانه، بخلاف الثانى.

و الذى يسهل الخطب أن البحث أمر فرضى لأننا قلنا بجواز التصرف فى المنجز فكيف بغيره.

ثم إن الشيخ طرح مسألة حكم استيلاء الأمة فلو قلنا بمنع التصرف المتلف فهل يجوز الاستيلاء الذى يرجع إلى ايجاد المانع من رد العين بالخيار أو لا؟

و بما أن المسألة فرضية بحثه لما عرفت من جواز التصرف المتلف فكيف الاستيلاء مضافا إلى عدم الابتلاء. نعطف عنان البحث إلى الفرع التالى:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩٧

المسألة الثالثة: إيجار المبيع فى زمان الخيار بدون إذن ذى الخيار:

لو قلنا بعدم جواز التصرف فهل يجوز إيجار العين أو لا؟ فنقول: إن له صورا:

١- إذا أجز المبيع من الغير بلا إذن من ذى الخيار.

٢- إذا أجزه من الغير بإذن منه.

٣- إذا أجزه من نفس ذى الخيار.

أما الصورة الأولى فالحق أن الإيجار يشترك مع سائر التصرفات المتلفة و الناقله و المولدة للمانع، كالبيع و الهبة و الاستيلاء، فالجميع فى الجواز و المنع سواسية و تعلق حق ذى الخيار بالمبيع مانع عن الجميع على القول بمانعيتها، و كون المدّة قصيرة فى الاجارة غير مؤثر.

بقى الكلام فيما إذا كان الإيجار على الوجهين الأخيرين فلا شك فى صحته الاجارة ما لم يفسخ، كما لا شك فى أن الإيجار غير مانع عن فسخ البيع.

و هل تنفسخ بفسخ البيع؟ التحقيق لا، لأن ملك المنفعة تابع لملك العين، و المفروض أن المشتري ملك العين ملكية مطلقة مستعدة للدوام و من نماء هذا الملك، المنفعة الدائمة فإذا استوفاها المشتري بالاجارة فلا وجه لرجوعها إلى الفاسخ بل تعود إليه مسلوب المنفعة فى مدة الاجارة. و بعبارة أخرى: إن المقتضى للصحة و هو كون الموجر مالكا، موجود، و المانع مفقود لأن المفروض أن الاجار كان بإذن صاحب الحق، و هو البائع، فيعود المبيع إليه مسلوب المنفعة.

بقى هنا سؤال، و هو أنه ما الفرق بين المقام و اجار البطن الأول من الموقوف

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩٨

عليهم إذا آجر و توفى قبل انتهاء المدّة حيث تبطل الاجارة بموته فيما بقى دون المقام، مع أن المقامين مشتركان فى كون الموجر مالكا عند العقد، و انتفاء الملك عنهما بسبب من الأسباب، أعنى: الموت و الفسخ.

أقول: أجاب عنه الشيخ بأن البطن الثانى لا يتلقى الملك من البطن الأول حتى يصدق فى حقه أنه تلقى الملك، و هو مسلوب المنفعة، بل يتلقاه من الواقف كالبطن الأول، و سلطته البطن الأول تنتهى بانتهاء استعدادها، بخلاف المقام فإنّ البائع يتلقى الملك من المشتري بعد الفسخ، و قد استوفى منافعه باعتبار كونه مالكا.

ثم أشكل على هذا الجواب بوجه آخر و قال: إن المالك الأول لا يتلقى الملك عن المشتري كما هو الحال إذا باعه منه ثانيا، وإنما ينتهى أمد ملكية المشتري برفع سببه و هو فسخ العقد الأول فيعود الملك إلى حالته الأولى، و يكون تملكه مستندا إلى ما كان قبل تملك المشتري، و بعبارة أخرى: أن الفسخ سواء كان من أصله أو من حينه يكون سببا لعود الحالة السابقة للمالك، لا أن يتلقى المالك الملك من المشتري.

ثم أجاب عنه: أولا: بالنقض بما إذا وقع التفسخ بعد الاجارة، فإنه لم يلتزم أحد ببطلان الاجارة و ثانيا: نفترض أنه لا يتلقى الملك من المشتري لكنه يكفى فى تملك المنفعة الدائمة تحقق الملك المستعد للدوام لو لا الرفع، آنا ما «١» فإذا استوفاه بالاجارة فقد استوفى بحق فلا وجه لرجوعه إلى الفاسخ.

توضيحه: إن مالكية الانسان مخصوصة بحاله حياته، محدّدة بموته و ارتحاله

(١) - الخيارات: ٢٧٩، قوله: «آنا ما» قيد لقوله: «تحقق الملك».

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٥٩٩

عن دار الغرور، فلا- مقتضى لها فيما بعد الموت فكلّ تصرّف إذا رجع إلى ما بعد الحد يكون تصرّفا فضوليا يحتاج إلى الاجارة و تصرّف البطن الأول و اجارته العين لأزيد من زمان حياته، من هذا القبيل، فيكون باطلا لأنه تصرّف فيما لا يملك.

و هذا بخلاف ملكية المشتري مع الخيار فإنّ المقتضى لها موجود ما دام حيا من غير فرق بين قبل الفسخ و بعده، غير أن الفسخ يكون مانعا عن تأثيره، و من المعلوم أنه لا يؤثر إلّا فيما يتحقق بعده، و أما التصرفات المتقدّمة عليه الصادرة فى حال وجود المقتضى و عدم المانع فتكون صحيحة باقية إلى أن ينتهى أمدها و أجلها.

و لك أن تستوضح الفرق بين المسألتين بوجه آخر و هو: أن الملكية فى الوقف غير طلق، فليس للموقوف عليه أن يتقلّب فى العين مثل المشتري المالك، بخلاف المقام فإنّ ملكية المشتري ملك طلق، غاية الأمر للبائع أن يسترجه إلى ملكه، يقول السيد الاصفهاني: الوقف الخاص كالوقف على الأولاد، و الوقف العام على العناوين العامة، كالوقف على الفقراء و الفقهاء و الطلبة و نحوها، فإن كانت وقف منفعة بأن وقف عليهم ليكون منافع الوقف لهم فيستوفونها بأنفسهم أو بالاجارة أو ببيع الثمرة و غير ذلك، فهم يملكون المنافع ملكا طلقا، و لكن يملكون الرقبة ملكا غير طلق «١».

ثم إن صحة الاجار و عدمها ليست مبنية على كون الفسخ من أصل العقد، أو من حين الفسخ أما على الثانى فواضح، و أما على الأول

فلأَنَّ معنى كونه من أصله فرض عدم البيع واقعا فيملكه البائع بالسبب الذى ملكه، و أما النماء فلو

(١) - السيد الاصفهاني: وسيلة النجاة: ١٧٦ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٠

كان موجودا متصلا بالمبيع يكون للبائع، و أما التالف فلا، لأن المنفعة تابعة للملك و المفروض أن المشتري كان مالكا و أتلفه، و لا يضمن الانسان ماله.

إلى هنا تمّ الكلام فى الايجار بصوره الثلاثه، فلاحظ.

المسألة الرابعة: الاذن فى التصرف:

إشارة

لو أذن فى التصرف فله صورتان:

- ١- إذا أذن ذو الخيار أن يتصرف فى ما انتقل عنه و تصرف المشتري فيه، يسقط خياره إما لدلالة الاذن على الالتزام بالعقد عرفا، و إن لم يكن منافاه بين الإذن فى التصرف و الاتلاف، و إرادة الفسخ، أو لأن التصرف الواقع مفوت لمحل هذا الحق، و هى العين. يقول الشيخ: إن التصرف الواقع تفويت لمحل هذا الحق، و هو العين بإذن صاحبه، فلا يفسخ التصرف و لا يتعلّق الحق بالبدل (أى لا يجب على المشتري أن يدفع البدل من المثل و القيامة و يأخذ الثمن) لأن أخذ البدل (المثل و القيامة) بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه، لا مع سقوطه عنه، و بعبارة أخرى: أن دفع البدل فرع كون العين ملكا للبائع أو متعلقا لحقه، و المفروض عدمهما.
- ٢- و لو أذن و لم يتصرف المأذون، ففيه وجهان: السقوط لدلالة الاذن على الاسقاط، و إن منع فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد الدلالة المذكورة، و عدم السقوط، فإن ظاهر الاذن هو رفع اليد عن الخيار فى ظرف الإتيان بالفعل المأذون فيه، لا فعلا و فى ظرف الإذن «١».

(١) - تعليقه المحقق الايرواني: ٧٦ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠١

هل الاذن فى التصرف فسخ:

إنّ للشيخ فى الإذن المجرد عن التصرف رأيا آخر، و إليك بيانه بصياغة جديدة، و هو أنّ الإذن فى التصرف المخرج عن الملك كناية عن فسخه، إذ لا معنى لإباحة مال الغير «المشتري» فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التى لا تصحّ شرعا إلّا بجعلها فسحا. فإن قلت: كيف لا يكون إذن ذى الخيار فى التصرف مسقطا للخيار مع أنّ المعروف أنّ إذن ذى الخيار للمشتري فى التصرف اسقاط. قلت: إنّ ما ذكر غير ثابت، و إنّما الثابت تصرف ذى الخيار فيما انتقل إليه إجازة، و أين هو من اذنه للمشتري أن يتصرف فيما انتقل عنه. و إنّما حكم بالسقوط فى التصرف عن اذنه لا لأجل تحقق الاسقاط من ذى الخيار بالاذن بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت من أنّ التصرف الواقع باذنه صحيح نافذ، و التسلّط على بدله فرع خروجه عن ملك المشتري متعلقا للحق. ثمّ إنّ احتمال فى ختام المسألة أنّ الإذن فى التصرف يتضمّن الرضا بالعقد، و هو كاف فى لزومه و ليس هذا بأدون من استكشاف رضا المشتري بالمبيع بتقبلها، و عبارة الشيخ فى المقام لا تخلو عن تعقيد و قد أتينا بمقصده بعبارات واضحة.

و الحق أن يقال: إن كون الإذن فى التصرف إجازة أو فسحا يتبع كيفية الإذن، فلو قال: بع هذا الشئ لى، يكون فسحا، و أما إذا قال: بعه أو تصرف فيه، يكون إجازة و تأمينا للمشتري بأنه إذا تصرف، ليس عليه ضيعة و لا تبعه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٢

أحكام الخيار

[الحكم] الثالث: تملك المبيع بالعقد لا به و بانقضاء الخيار «١»

إشارة

هل المبيع ينتقل بالعقد أو به و بانقضاء الخيار معا فيه أقوال ثلاثة:

١- [القول الأول]

العقد هو السبب التام للانتقال من دون توقف على انقضاء الخيار.

٢- [القول الثانى]

التوقف على انقضاء الخيار.

٣- [القول الثالث]

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار فى أحكام الخيار؛ ص: ٦٠٢

التفصيل بين خيار المشتري وحده و غيره فيخرج عن ملك البائع فى الأول دون غيره.

المشهور بين الفقهاء أن المبيع يملك بالعقد، و لا يتوقف على انقضاء الخيار، و أثر الخيار حينئذ هو تزلزل الملك - وراء تزلزل العقد - بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر.

و حكى عن الشيخ و ابن الجنيد توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار مطلقا، أو على خصوص خيار البائع، و نسب هذا القول إلى ابن سعيد، و الامعان فى ما قبل كلامه و ما بعده يعرب عن موافقته للمشهور. قال: و ينتقل المبيع إلى المشتري بالعقد، و انقضاء الخيار، و قيل بالعقد. و لا ينفذ تصرف المشتري فيه حتى

(١) - كان اللازم تقديم بيان هذا الحكم من أحكام الخيار على الحكم السابق لأن البحث عن جواز التصرف فى أيام الخيار و عدمه فرع ثبوت الملكية للمتصرف فيه و لكن الشيخ أخر بيانه فاقفينا أثره.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٣

ينقضى خيار البائع «١».

و مراده من الانتقال المتوقع على انقضاء الخيار ليس هو مطلق الملكية بل الملكية التى يجوز معها التصرف فى المبيع فمثل هذه الملكية عنده متوقفة على الانقضاء لا أصل الملكية، و قد تقدم فى الحكم الثانى من أحكام الخيار أن جماعة من الفقهاء منعوا من

تصرف غير ذى الخيار فى المبيع كالمحقق و الشهيد الثانين، مع كونهم قائلين بعدم توقف الملكية على انقضاء الخيار. و يؤيد ذلك بأنه حكم بأن نماء المبيع فى مدة الخيار للمشتري «٢».

و أما ما نقل عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط، فقابل للتوجيه و التأويل، و ليس بين أيدينا كتاب ابن الجنيد حتى نتدبر فى كلامه، و لعله ليس فى المسألة قائل بتوقف الانتقال على انقضاء الخيار، و إن حكاه المحقق عن الشيخ، قال فى الجواهر: و كلامه فى النهاية لا يأبى حمله على رأى المشهور كالمقنعة، بل عن الشهيد احتمالاً أيضاً فى كلامه فى الخلاف «٣».

و بما أن المسألة من الأحكام التفرعية، فالأولى الاشتغال بالتدبر فى النصوص حتى تعلم صحه أحد التفرعيين.

[وجوه أحقية القول الأول و هو المشهور]

إشارة

الحق ما هو المشهور لو لم نقل أنه المجمع عليه كما عن التذكرة، و ذلك بوجوه:

١- سيرة العقلاء فى كل عصر و مصر

إلى أن ينتهى إلى عصر المعصومين، فقد استقرت على حصول الملك بالاشتراف مع الخيار من دون تلبث انقضائه، فى رأى المشتري نفسه مالكا للمثمن و البائع يتصرف فى الثمن، فأثر الخيار هو تزلزل

(١)- الجامع للشرائع: ص ٢٤٨.

(٢)- المصدر نفسه: ص ٢٤٧.

(٣)- النجفى: جواهر الكلام: ٧٨ / ٢٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٤

الملك بعد حصوله، و أما على القول الآخر، فأثره هو تزلزل العقد المقتضى للملك لا السبب التام للملك، فالسيرة تؤيد الأولى دون الثانى.

نعم لو دلّ الدليل على اشتراط شرط آخر فى حصول الملك يؤخذ به كما دلّ على توقف الملك فى السلف و السلم على القبض و الاقباض فى مجلس المعاملة، و لكنّه يختص بالصرف و السلم لا بعقد آخر و بنفس القبض لا بشرط آخر، و لم يرد مثله فى انقضاء الخيار. و السيرة العقلانية حجة شرعية إذا لم يرد ردها عنها.

٢- الاستدلال بالعمومات،

قال الشيخ الأعظم:

«فالأقوى هو المشهور لعموم أدلته حلّ البيع و أكل المال إذا كانت تجارة عن تراض و غيرهما ممّا ظاهره كون العقد علمه تامه لجواز التصرف الذى هو من لوازم الملك».

يلاحظ عليه: أن ما أشار إليه من العمومات بين كونها فى مقام الاجمال مثل قوله سبحانه: **قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا** وَ **أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا** (البقرة/ ٢٧٥) فإنّ الآية فى مقام نفي المساواة التى كان المرابون يدعونها كما يشير إليها قولهم: **إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا** فردّ

عليهم بقوله: وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا وَ الْآيَةُ بصدد إفادة هذا، لا بصدد تحليل البيع بجميع أفراده و حالاته. و بين كونها فى مقام التركيز على لزوم كون الأسباب محللة، احترازا عن محرّماتها، مثل قوله سبحانه: لَّا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (النساء / ٢٩) فإنّ الباء فى قوله: بِالْبَاطِلِ بمعنى السببية أى لا تأكلوا بالسبب الباطل كالرشوة و الربا و السرقة و الخيانة و الغش، و لكن ليست الآية فى مقام بيان شرائط السبب الحلال حتى يتمسك بإطلاقه فالآية نظير قولنا: يحرم السباع و المسوخ، و يحلّ الغنم و البقر، فلا يصلح للتمسك فى ما شككنا المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٥

فى شرطية شىء أو مانعته، و بالجملة المقصود من الأكل و إن كان التقلّب و التصرف لا الأكل اللغوى و لكنّ الآية ليست إلّا بصدد الدعوة إلى السبب الحلال، و النهى عن السبب المحرّم له فقط، و أمّا أنّ التجارة عن تراض: هو السبب التام لجواز التصرف فليست الآية بصدد بيانه، و يؤيد ما ذكر إذا وقفنا على أنّ الآية جاءت بعد ذكر ما يحل نكاحهن و ما يحرم، و بعد الدعوة إلى الأولى و الزجر عن الثانية، و أمّا ما هى الشروط للمحلّل و المحرّم فمتروك إلى بيان آخر. و بين كونها مطلقة دليلا على المسألة كقوله سبحانه: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (المائدة / ١) و لكنّها قابلة للتقييد إن ثبت.

٣- ما أشار إليه صاحب الجواهر بقوله:

«إنّ المقصود للمتعاقدين و الذى وقع التراضى عليه بينهما انتقال كل من الثمن و المثلن حال العقد، فهذه المعاملة أمّا صحيحة كذلك عند الشارع و يثبت المطلوب أو باطله من أصلها لا أنّها صحيحة على غير ما قصدها و تراضيا عليه، و اثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكد ذلك لا ينافيه، فالمقتضى للملك موجود و المانع منه مفقود» (١). و أورد عليه الشيخ بأنّ مدلول العقد ليس هو الانتقال من حين العقد، لكن لما كان الانشاء علمه تامّة لتحقق المنشأ عند تحقّقه كان الداعى على الانشاء حصول المنشأ عنده، و كونه عندهم سببا تاما لا ينافى كونه فى الشرع محتاجا إلى تحقّق شرائط آخر مثل انقضاء الخيار فى المقام و التقابض أو القبض فى الصرف و السلم و أقصى ما يلزم هو تخلف الداعى لا تخلف المنشأ عن الانشاء لما عرفت من عدم تقيده بالحال. يلاحظ عليه: أنّ الحال و إن لم يكن مدلولاً مطابقاً أو تضميناً للصيغة، إلّا

(١)- جواهر الكلام: ٧٩ / ٢٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٦

أنّها منصرف إلى الحال فيكون مدلولاً عرفياً، و لأجل ذلك لو كان التملك فى المستقبل - على القول بعدم حصوله إلّا بعد الموت - كالوصية لاحتاج إلى التقييد، فلا يعد مثل هذا تخلفاً عن الداعى بل تخلفاً عن المدلول. نعم يرد على صاحب الجواهر أنّه ليس كل تخلف مخللاً، و إنّما المخلّ أن يكون الواقع مبائناً للمقصود، كما إذا قصد البيع، و صارت النتيجة الهبة، لا مثل المقام الذى يرجع إلى تقييد المطلق، بالانقضاء.

٤- الروايات الظاهرة فى مذهب المشهور،

و نذكر من الكثير القليل:

ألف - صحیحة الحلبي عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال:

أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع «١».

و المراد من البيع الأول هو المبيع و أما البيع الثانى فإن أريد منه نفس العقد أى إنشاء المعاملة فلا يحتج بها على رأى المشهور، لأنّ القائل بتوقف الملكية على انقضاء الخيار يقول إنّ أثر الخيار هو كون العقد متزلزلا، فانقضاؤه يكون سببا للزوم العقد، و أما لو قلنا: إنّ المراد من البيع هو المسبب كما هو المتبادر من أسماء المعاملات أى النقل و الانتقال القانونيان الشرعيان فهى ظاهرة فى رأى المشهور و أنّه لا دور لانقضاء الخيار إلّا فى ايجاب المسبب و لزومه لا- فى أصل حدوثه، و بعبارة أخرى انقضاء الخيار يحدث للزوم فى الملكية لا أنّها تحدث الملكية اللازمة و بهذا المضمون روايات الباب أيضا.

و لك أن تستدل بقوله: «البيعان بالخيار حتى يفترقا» «٢» فان صدق البيع فرع

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و ٥، و ما ذكره الأستاذ- من الرواية فإنما هو تلفيق من روايتين فما ورد فيه «البيعان» ليس فيه ذيل الرواية «فإذا افترقا وجب البيع» و ما ورد فيه الذيل، ليس فيه لفظ «البيعان» فلاحظ.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و ٥، و ما ذكره الأستاذ- من الرواية فإنما هو تلفيق من روايتين فما ورد فيه «البيعان» ليس فيه ذيل الرواية «فإذا افترقا وجب البيع» و ما ورد فيه الذيل، ليس فيه لفظ «البيعان» فلاحظ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٠٧

تحقق البيع بمفهومه، و تحقّقه يلازم حصول الملكية قبل الافتراق.

ب- ما يدل من الروايات على سقوط خيار المشتري بالتصرّف فى المبيع

من لمس الأمانة، و تقبيلها أو النظر إلى ما يحرم عليه قبل الشراء، أو أخذ الحافر و نعل الدابة و ركوبها فراسخ، فإنّ ظاهر هذه الروايات أنّ هذه التصرفات التى هى من شئون المالك جائزة للمشتري و مباحة قبل التصرف و به يسقط خياره.

ففى صحیحة على بن رئاب قيل له: ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء «١».

و فى رواية أخرى عنه: قلت له: أ رأيت إن قبلها المشتري أو لامس؟ قال:

فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره، فقد انقضى الشرط و لزمته «٢».

فظاهر الرواية كما قلناه ثبوت الحلّية للمشتري قبل التصرف، و لا دور للتصرّف إلّا فى الايجاب لا أنّ التصرف باسقاطه الخيار يحدث الملكية و الحلّية معا فى آن واحد، فما احتمله الشيخ من أنّه نظير حل و طء المطلقة الرجعية التى تحصل به الرجوع و الزوجية و تتبعهما الحلّية معا بعيد عن الأذهان و إنّما قلنا به فى المطلقة لأجل النصّ على أنّ المطلقة الرجعية بحكم الزوج، فليس وطؤها حراما حتى لو وطأها بتيّة السفاح يكون رجوعا و حلالا.

ج- الاستدلال بأخبار العينة

مثل خير بشار بن يسار، سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع المتاع نسيًا فيشتره من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرتك

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣، و الروايتان عن الإمام الصادق - عليه السلام -.

(٢) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ١ و ٣، و الروايتان عن الإمام الصادق - عليه السلام -.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٠٨

و لا غنمك «١».

و الدلالة واضحة فإنه يشتري المتاع من المشتري في المجلس الذي لم يتفرقا عنه، فلما تعجب الراوى عن صحّة الاثراء لأنه أشبه بالهزل لا الجد (و لأجل ذلك صارت الصحّة عند أهل السنّة مشروطة بمضى شهر) رفع الإمام تعجبه بقوله: إنه ليس متاعه، و لا بقره و لا غنمه، حتى يكون من قبيل اشتراء الرجل مال نفسه، بل اشتراء لمال الغير.

و أورد عليه الشيخ: بأنّ هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسقوط خيارهما بالتواطؤ على هذا البيع فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله: «أشتري متاعى» من جهة ركوز مذهب الشيخ عندهم من عدم جواز البيع قبل الافتراق، و يكون جواب الإمام مبنيًا على جواز بيعه على البائع فقوله: «ليس هو متاعك إشارة إلى أنّ ما ينتقل إليك بالشراء إنّما انتقل إليك بعد خروجه عن ملكك بتواطؤكما على المعاملة الثانية المسقط لخياركما».

يلاحظ عليه: أنّ تفسير تعجب الراوى عن طريق ركوز مذهب الشيخ عنده، أعنى: عدم جواز البيع قبل الافتراق لعدم حصول الملكية، لا يخلو عن غرابه، بل الظاهر أنّ وجه توقّفه لأجل تصوّره أنّ النقل ليس جدّيا في العقد الأول و لأجل ذلك ورد في رواية الحسين بن المنذر في نفس الموضوع أنّه قال للإمام: إنّ أهل المسجد يزعمون أنّ هذا فاسد، و يقولون: إنّ جاء به بعد أشهر صلح ... «٢»

(١) - الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣، و العينة هو شراء العين نسيئة، كما هو الحال في البيع الأوّل أو من

العين بمعنى النقد كما هو الحال في البيع الثانى، لاحظ الجواهر:

٢٣ / ١٠٨ - ١١١.

(٢) - المصدر نفسه: الحديث ٤ و لاحظ روايات هذا الباب.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٠٩

حتى يستظهر منه أنّ النقل كان عن قصد و جدّ، و أمّا سقوط الخيار بالتواطؤ على البيع الثانى فهو كما ترى، لأنّ الخيار اثباتا و اسقاطا يحتاج إلى الانشاء إمّا قولًا أو فعلا، و التواطؤ ليس منهما، أضف إليه أنّ مقتضى بعد لم يوجد فكيف يسقط قبله.

و أمّا الاشكال على الاستدلال بهذا القسم من الروايات بأنّه لم يدفع به إلّا القول بالنقل دون الكشف، فغير تامّ لأنّ كلّا من النقل و الكشف على خلاف القاعدة لا يصار إليهما إلّا بدليل كما في باب الفضولى، فاثبات الحاجة إلى الانقضاء لأجل الكشف يحتاج إلى الدليل.

د- ما دلّ على جواز بيع الخيار بشرط ردّ الثمن

و أنّ النماء في مدّة الخيار للمشتري و تلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت الملزوم و هو الملك.

روى إسحاق بن عمّار قال: حدّثنى من سمع أبا عبد الله - عليه السلام - و سأله رجل و أنا عنده، فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره

فجاء إلى أخيه، فقال:

أبيحك دارى ... على أن تشتتر لى إن أنا جئتك بثمانها إلى سنه أن تردّ على فقال: لا بأس بهذا إن جاء بثمانها إلى سنه ردّها عليه، قلت: فإنها كانت فيها غلّة كثيرة فأخذ الغلّة، لمن تكون الغلّة؟ فقال للمشتري «١».

و أورد عليه الشيخ بأنّ هنا احتمالين آخرين:

١- أن يكون الشرط، شرط نتيجة، و أنّه إذا جاء بالثمن يفسخ البيع بنفسه بلا حاجة إلى الفسخ و عندئذ لا يكون هنا خيار حتى يكون دليلا على الموضوع.

٢- أن يكون الخيار حادثا برّد الثمن و لا يكون قبله.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٨ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١٠

و الاحتمال الأوّل استبعده الشيخ نفسه، و الثانى و إن كان محتملا، لكن اطلاق الرواية شامل لما إذا كان الخيار موجودا من حين العقد مقيدا فسخه برّد الثمن.

ه- النبوى المعروف «الخارج بالضمنان»

وجه الدلالة هو أنّ المبيع فى زمان الخيار المشترك أو المختصّ بالبائع، فى ضمان المشتري فخراجه له و هى علامة ملكه أخذنا بقاعدة التلازم بين ملك المنفعة و ملك العين و يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد.

و أورد عليه الشيخ: بأنّه لم يعلم من القائلين بتوقف الملك على انقضاء الخيار، القول بكون ضمانه على المشتري حتى يكون نماؤه له. أضف إليه أنّه لا يتمّ فى الصورة الثالثة، أعنى: فيما إذا كان الخيار مختصّا بالمشتري إذ الضمان فيه على البائع أخذنا بالقاعدة الآتية: التلف فى زمان الخيار ممّن لا خيار له.

الاستدلال على مذهب الشيخ:

استدلّ على القول الثانى ببعض الروايات:

١- صحیحة عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يشتري الدابة أو العبد و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك؟ قال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري «١».

وجه الدلالة من جهتين:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢، و لاحظ الحديث ٣ منه أيضا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١١

١- الحكم بأنّ الضمان على البائع و المراد منه هو الخسارة و لا يعقل أن تكون الخسارة إلّا على صاحب المال و هذا دليل على عدم الانتقال.

٢- قوله: «و يصير المبيع للمشتري».

يلاحظ عليه: أما الأولى فأننا نسلم أن المراد من الضمان هو الخسارة ولا نسلم الكبرى و هي: عدم معقولية الخسارة إلا على صاحب المال. فإنه إنما هو فيما إذا لم تكن بين الضامن والمضمون له صلة، كما إذا تلف مال أجنبي و صار الضمان على جاره دون ما إذا كانت بينهما صلة، كالضمان على العاقلة سواء قلنا بأن الضمان هنا ضمان تكليفي أو وضعي، ومثله التلف بعد البيع وقبل القبض، فإنه من مال بائعه مع كونه ملكا للمشتري، وليكن المقام مثله فإن المبيع ملك للمشتري وقد سلمه إليه، لكن الشارع يضمن البائع و يجعل الخسارة عليه في أيام الخيار، فإن الموت أيام الخيار ربما يكشف عن مرضه السابق على البيع الذي قضى على حياة الحيوان «١».

و أما الجملة الثانية فلا تعدو عن اشعار، فيؤول لأجل الروايات المتقدمة و يحمل على الملكية اللازمة.

٢- معتبرة السكوني عن أبي عبد الله- عليه السلام:- إن أمير المؤمنين- عليه السلام- قضى في رجل اشترى ثوبا بشرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه، قال:

ليشهد أنه قد رضيه فاستوجه ثم لبيعه إن شاء فإن أقامه في السوق و لم يبع فقد وجب عليه «٢».

(١)- لاحظ الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٢ من أبواب الخيار، الحديث ١، ومثله رواية الحلبي و زيد الشحام و إن كان لفظ الثاني (الذي نقله الشيخ في التهذيب و لم يأت به صاحب الوسائل و اكتفى برواية الحلبي) أوضح في المقصود.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦١٢

يلاحظ عليه: أن لو كان المانع وجود الخيار للمشتري فاسقاطه كان أمرا سهلا من غير حاجة إلى الاشهاد، مع أن الإمام أمره بعد الايجاب بالاشهاد، على أن القائل بالتوقف لا يقول به في خيار المشتري كما هو مورد الرواية و لعله كانت هناك مصلحة لما أمره.

٣- ما رواه الحلبي في رجل اشترى شاء فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردّها قال- عليه السلام:- إن كان في تلك الثلاثة أيام شرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء، بيان أن رد عوض النماء دليل على عدم مالكية المشتري و إلا لما ضمن النماء.

و الرواية محمولة على الاستحباب لتضافر الروايات على كون النماء للمشتري.

و في الختام نقول: الطائفتان من الروايات ليستا متكافئتين، لا في قوة الدلالة و لا في كثرتها، و لا في الشهرة فالعمل بما عليه المشهور هو المتعين.

ثم إن الشيخ الأعظم استظهر من عبارتي الخلاف و المبسوط اختصاص الحكم بخيارى الشرط و الحيوان و المجلس حيث قال في الأول: «فإن كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط»، و قال في الثاني: «و إن كان مقيدا بشرط لزم بانقضاء الشرط». و خيار الشرط حيث يطلق يراد منه خيارى الشرط و الحيوان تبعا للروايات.

و يؤيد الاختصاص، التعبير بالانقضاء الذي لا يستعمل إلا في الخيار الزماني و يعم الحكم بخيارى المتصل و المنفصل، و عليه فلا يعم خيارى العيب و الغبن و غيرهما.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦١٣

و يظهر من الدروس وجه آخر للاختصاص و هو أن كل خيار مانع من التصرف في المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه، و التصرف ممنوع عندهم في الخيارات الثلاثة المتقدمة، لا في غيرها مثل خيارى العيب و الغبن، فالقول بعموميته كلامه لمثل الأخيرين يستلزم أحد أمرين:

١- إما المنع عن جواز التصرف في موردهما.

٢- الالتزام باللزوم و حصول الملك للمشتري و جواز التصرف قبل الظهور و ثبوت الخيار و أمّا بعدهما فيخرج عن ملك المشتري، و

هو مما لا يليق أن ينسب إلى الشيخ.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١٤

أحكام الخيار

[الحكم] الرابع: التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له

إشارة

قد اشتهر بين الفقهاء «أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له» و «أن المبيع فى زمن الخيار فى ضمان من لا خيار له» أو «أن كل مبيع قد تلف فى زمن الخيار فهو ممن لا خيار له» إلى غير ذلك من التعابير المختلفة و هل القاعدة تامه بسعتها أو أنها خاصية بمورد أو موارد و هذا هو المهم فى المقام فنقول:

إذا كان من لا-خيار له، مالكا، يكون ضمانه على وفق القاعدة كما إذا تلف المبيع فى يد المشتري و كان الخيار مختصا بالبائع، أو تلف الثمن فى يد البائع و كان الخيار للمشتري، و أمرا إذا كان غير مالكا كما إذا كان الخيار للمشتري و تلف فى يده، فالحكم بضمان البائع بحجة أنه لا خيار له، و أن المعاملة تامه من جانبه دون الجانب الآخر، على خلاف القاعدة لأن ضمان الأجنبي مال الغير بلا مباشرة و لا تسبب فى التلف، يحتاج إلى دليل قاطع.

نعم هو على خلاف القاعدة على القول بعدم توقف الملكية على انقضاء الخيار، و أما على القول به، فضمان البائع يكون على وفاق القاعدة لأنه المالك دون المشتري.

إذا عرفت ذلك، فلندكر بعض ما يستدل به على القاعدة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١٥

دليل القاعدة:

١- صحیحہ عبد اللہ بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عن الرجل يشتري الدابة أو العبد، و يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد و الدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضى الشرط ثلاثة أيام و يصير المبيع للمشتري. و رواه الصدوق فى الفقيه إلا أنه قال: «لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير البيع له» (١).

و فى التهذيب تذييله بقوله: «شرط أو لم يشترط قال: و إن كان بينهما شرط، أياما معدودة فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع» (٢).

٢- عن الحسن بن على بن رباط عمّن رواه عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال:

إن حدث بالحيوان قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع (٣).

٣- عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى أمه بشرط من رجل يوما أو يومين فماتت عنده و قد قطع الثمن، على من يكون الضمان؟ فقال: ليس على الذى اشترى ضمان حتى يمضى شرطه (٤).

٤- خبر عبد الله بن الحسن عن أبيه عن جعفر بن محمد قال: قال رسول الله فى رجل اشترى عبدا بشرط ثلاثة أيام فمات العبد فى الشرط، قال: يستحلف بالله ما رضيه ثم هو برىء من الضمان (٥).

(١)- الوسائل، ج ١٢، الباب ٥ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

(٢)- التهذيب: ج ٧، باب عقود البيع، الحديث ١٩.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيارات، الحديث ٥، ١، ٤.

(٤)- المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيارات، الحديث ٥، ١، ٤.

(٥)- المصدر نفسه: الباب ٥ من أبواب الخيارات، الحديث ٥، ١، ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١٦

إن القاعدة منتزعة من هذه الروايات، و ليس لها دليل سواها و لا بد من الامعان فى القيود المأخوذة فيها فهل تصلح للتقييد أو لا.

[البحث عن جهات:]

إشارة

و قبل الخوض فى صلب المقصود نبحث عن جهات:

الأولى: فى بيان القيود الواردة فى النصوص

و هى:

١- المبيع هو الحيوان.

٢- و الخيار للمشتري.

٣- و المبيع مقبوض.

٤- الخيار متّصل بزمان العقد.

٥- الخيار أمّا خيار حيوان أو خيار الشرط.

و التعدى عن هذه الموارد إلى الموارد التالية يحتاج إلى الغاء الخصوصية:

١- اثبات الحكم لمطلق المبيع و أنّ ذكر الحيوان من باب المثال.

٢- لا فرق بين كون الخيار للمشتري أو للبائع.

٣- لا فرق بين المقبوض و غيره فلو كان الخيار للبائع و كان البيع لازماً من جانب المشتري يكون المبيع فى ضمان من لا خيار له،

سواء كان قبل القبض أو بعده و سيوافيك بعد هذا التعميم.

٤- لا خصوصية للخيارين بل الحكم يعمّ سائرهما.

٥- لا فرق بين المتّصل و المنفصل.

و سيظهر حال الجميع فى البحوث التالية.

الثانية: فى أنّ القاعدة بمدد توسيع ضمان البائع قبل القبض.

إنّ الامعان فى هذه الروايات يعرب عن كونها حاكمة على ضمان البائع قبل

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١٧

القبض المعبر عنه فى لسانهم بقولهم «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه». و المراد من الحكومة هو توسعة دائرة المحكوم

عليه حتى يعمّ ما بعد القبض أيضا و الحكومة كما تتحقّق بالتضييق كما فى قوله: «لا- شك لكثير الشك» تتحقّق بالتوسعة أيضا و المقام من قبيل القسم الثانى، و هذا يؤيد اختصاص الخيار للمشتري كما لا يخفى.

الثالثة: فى أنّ ضمان البائع على خلاف القاعدة.

إنّ ضمان البائع فى كلتا صورتين- قبل القبض و بعده- على خلاف القاعدة لكن التضمنين فى احدهما أمر مقبول عند العقلاء لا يحتاج فيه إلى اعمال التعبد، بخلاف الأخرى.

أمّا الأولى فإنّ المبيع و إن صار ملكا للمشتري حسب الانشاء و التشريع فلو تلف يلزم أن يحسب على المشتري، لكن البائع لما تعهد فى ضمن العقد، التسليم و الاقباض، و المفروض أنّه لم يخرج عن التعهد و إن كان لا بسوء الاختيار، فكان تضمين البائع أمرا مقبولا. و هذا بخلاف الأخرى فإنّ المفروض أنّ البائع قد خرج عن العهدة، و المبيع صار ملكا للمشتري و سلّمه إليه و لكنّه تلف فى يد المشتري، ففرض التلف على البائع و الزامه بقبول الخسارة أمر على خلاف السيرة المألوفة إلّا أن يكون هناك تعبد شرعى قاطع، و بما أنّ الضمان فى المقام على خلاف القاعدة (التلف من مال المالك) و أمر مخالف للسيرة الدارجة بين العقلاء يجب أن يقتصر على مورد النص، إلّا أن يدل دليل على التسرية.

الرابعة: فى تبين ما هو المقصود من قولهم، يفرض المبيع نالفا فى ملك البائع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦١٨

إنّ المبيع لَمّا كان فى كلتا صورتين ملكا للمشتري فمقتضى القاعدة كون التلف من ماله، و لما دلّ الدليل على أنّ التلف فى كلتا صورتين من مال البائع و كان ذلك على خلاف القاعدة لعدم صحّة ضمان الغير خسارة مال المالك بلا تسبب و لا مباشرة، حاول بعض الفقهاء أن يطبقوا الحكم على القاعدة بافتراض الانفساخ قبل التلف و خروج المال عن ملك المشتري و دخوله فى ملك البائع حتى يكون عند التلف ملكا له و يرد التلف على ماله.

و هذا الافتراض، فكرة فقهية ليس منها بين العرف عين و لا أثر، و ستوافيك بعض المحاولات الأخرى فى محلها و أنّ للروايات محمل أو محامل أخرى، و إن كان ما ذكر هو المعروف بين المتأخرين.

و ليعلم أنّ ذلك الافتراض على تسليمه لا- يجعل خلاف القاعدة على وفقها و إنّما هو تمحل شرعى، لتصوير الحكم بالضمان فى صورتين و أنّ العين تلفت من مال المالك فما لم يدل دليل على ضمان غير المالك، لا يكون ذلك ذريعة لتصحيحه.

[البحث عن أمور:]

إشارة

إذا عرفت ما ذكر فاعلم أنّ تحقيق الكلام فى المسألة يتوقف على البحث عن أمور:

١- هل الحكم مختص بالحيوان أو يعمّ غيره؟

الظاهر أنّ الحكم مختص بالحيوان فقط، و لعلّ حكمه ضمان البائع (لا علته) هو صيانته حق المشتري لأنّ هلاك الحيوان فى الأيام الثلاثة أو حدوث حدث فيه، ربّما يكون مسبوqa بوجود مادة المرض فى جسم الحيوان و كمونها فيه على نحو يكون المرض بروزا

للمادة المكونة، و في مثل هذا المورد حكم الشارع أنّ

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦١٩

التلف من كيس البائع إذا كان المشتري ذا خيار، و أمّا في غير هذا المورد فلما كان الحكم بالضمان على خلاف القاعدة كان اللازم الاقتصار على مورد النص، و أمّا تمخّل بعض الفقهاء بافتراض دخول المبيع في ملك البائع و تلفه من ماله فإنّما هو لتصحيح ذلك الحكم المخالف للقاعدة على نحو يكون على وفقها إذا ثبت التعبد، و أمّا لو لم يثبت التعبد فالتمخّل ليس بنافع، كما مرّ.

و ربّما يستدل على عمومية الحكم لغير الحيوان بما رواه الصدوق في الفقيه:

«حتى ينقضى الشرط و يصير البيع له، أي المبتاع» بتصوّر أنّه يدلّ على أنّ الميزان كون البيع خياريا أو غير خياريا من دون مدخلة لمبيع خاص.

يلاحظ عليه:- مضافا إلى عدم ثبوت النسخة- أنّه من المحتمل أن تكون اللام في البيع للعهد أي بيع الدائبة أو العبد، الواردين في صدر النص.

على أنّه لو صحّ الاستدلال بنقل الصدوق لصحّ الاستدلال على النقل الآخر أيضا أي «و يصير المبيع للمشتري» بجعل اللام للجنس. و ربّما يستدل أيضا بعمومية الحكم بما رواه الشيخ بقوله: «و إن كان بينهما شرط أيّاما معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضى الشرط فهو من مال البائع» قائلا بأنّ المراد من الشرط مطلق الخيار و أنّ المناط هو كون العقد خياريا، من غير فرق بين مبيع دون مبيع.

يلاحظ عليه: أنّ المراد من الشرط هو الشرط المتحقّق في بيع الدائبة و العبد، و أقصى ما يمكن، هو الغاء الخصوصية من ناحية الشرط (الخيار) بجعل اللام للجنس و لا يمكن الغاء الخصوصية عن جانب الحيوان الوارد

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢٠

في النص.

و الحاصل أنّ الحكم لما كان على خلاف القاعدة أوّلا، و على خلاف السيرة المألوفة بين العقلاء يقتصر على مورد الرواية أعني الحيوان، و أمّا اختصاص الحكم بخيار الحيوان و الشرط أو عموميته، فسوافيك الكلام فيه في التالي.

٢- هل الحكم مختص بالخيارين؟

إذا قلنا بأنّ الموضوع هو الحيوان أو مطلق المبيع يقع الكلام في سعة الخيار و ضيقه و الظاهر هو الثاني و لا يعمّ خيار الغبن و العيب و تخلف الشرط، و تفليس المشتري و تبعض الصفقة، و ذلك لأنّ المتبادر من قوله: «و يصير المبيع للمشتري» هو المترزل من أوّل الأمر، و لا- يشمل المترزل المسبوق باللزوم بأن يكون المبيع في ضمان المشتري بعد القبض، ثمّ يرجع- بعد عروض التزلزل- إلى ضمان البائع، اللهمّ إذا قيل بوجود الخيار من أوّل الأمر و ظهوره بظهور سببه، و هو الغبن و العيب.

فإن قلت: على ما ذكرت يلزم خروج خيار الشرط إذا كان منفصلا، أو اسقط الخيار في اليوم الأوّل و أبقى يومين.

قلت: ليس الدليل ظاهرا في اتصال الخيار بالعقد، حتى يخرج الموردان بل ظاهر في المترزل من أوّل الأمر و هو حاصل فيهما أيضا كما أشار إليه الشيخ بقوله:

«و لو كان منفصلا بناء على أنّ البيع مترزل و لو قبل حضور زمان الشرط نظير البيع الخياري فإنّه مترزل و إن كان الخيار حاصلًا برد الثمن، و هذا بخلاف سائر الخيارات فإنّها لازمة من أوّل الأمر بعرضها التزلزل بعد اللزوم.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢١

و ربّما يتمسّك بالاستصحاب في الخيارات المنفصلة ببيان أنّ البائع كان ضامنا للمبيع قبل القبض، و الأصل بقاؤه بعده في سائر الخيارات أيضا.

يلاحظ عليه أولاً: أنه من قبيل اسراء حكم من موضوع (قبل القبض) إلى موضوع آخر (بعد القبض) و هو أشبه بالقياس، و إنما صرنا إليه فى الخيارين، أو بضميمة خيار المجلس لوجود النص.

و ثانياً: أن المرجع عندئذ هو عمومات اللزوم لا الاستصحاب كما هو المحقق فى مورده، حتى و لو لم يكن للعام عموم ازماني. و ثالثاً: أنه ربّما لا يكون للبائع أى ضمان، كما إذا كان المبيع عند المشتري، فليس هنا ضمان حتى يستصحب و سيأتى نحو هذا الاستصحاب فى تلف الثمن، و أما التمسك بإطلاق الشرط، الوارد فى الروايات على ما نقله شيخ الطائفة من قوله: «و إن كان بينهما شرط أياماً معدودة، فهلك فى يد المشتري قبل أن يمضى الشرط» فغير تام، لأن اللام للعهد أى شرط أيام معدودة، و هو خيار الشرط، لا سائر الخيارات من العيب و الغبن و أقصى ما يمكن أن يقال هو التوسعة فى خيار خصوص الشرط، سواء كان متصلاً أم منفصلاً، باعتبار كونه مترزلاً.

٣- هل الضمان يختص بصورة القبض أو لا؟

إنّ ضمان البائع للمبيع قبل القبض أمر مسلم، و قد تضافرت الروايات «١»

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٩ من أبواب عقد البيع، الحديث ١، و الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ و غيرهما.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٢٢

على مضمون القاعدة: «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» لكن الكلام فى سعة و ضيق القاعدة الثانية أعنى: كون تلف المبيع ممّن لا خيار له، فهل تختص بصورة قباض المبيع فلا تجتمعان أبداً أو يعم فيقع التعارض فى بعض الصور. فعلى القول بسعة القاعدة لما قبل القبض فلا تعارض فى الصور التالية إذا كان التلف قبل القبض.

١- إذا كان العقد لازماً من كلام الجانبيين.

٢- إذا كان خيارياً من كلا الطرفين.

٣- إذا كان لازماً من جانب البائع و خيارياً من قبل المشتري.

لا موضوع للقاعدة الثانية فى الصورتين الأولىين، لعدم الاختلاف بين البائع و المشتري من حيث اللزوم و الخيار، و أما الصورة الثالثة فنتيجة القاعدتين هو ضمان البائع، لكون التلف قبل القبض، و كون البائع ممّن لا خيار له، نعم يقع التعارض فى صورة رابعة.

٤- إذا كان الخيار للبائع دون المشتري فعلى القاعدة الأولى يكون الضمان على البائع، و على الثانية يكون الضمان على المشتري لكونه ممّن لا خيار له.

لكن الحق، قصور القاعدة الثانية عن الشمول لما قبل القبض، و مورد النصوص هو التلف بعد القبض، و قد عرفت أنها وردت لتوسيع مفاد القاعدة الأولى فلا معنى للمعارضة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٢٣

٤- هل الحكم مختص بتلف المبيع أو يعم تلف الثمن؟

إنّ لتلف الثمن صورتين:

الأولى: إذا تلف عند المشتري قبل تسليمه للبائع فلا شك أنه من مال المشتري كما أنّ تلف المبيع قبل قبضه من مال البائع من غير فرق بين كون العقد لازماً أو خيارياً مطلقاً، أو لازماً من جانب دون آخر، ففيما لم يقوما بواجبهما فى تسليم المبيع أو الثمن فالتلف

على عاتقهما.

الثانية: إذا تلف عند البائع بعد قبضه و كان العقد خياريا من جانبه دون المشتري فهل يحسب الضمان على المشتري لأجل كون العقد من جانبه لازما أو لا؟

مقتضى ما ذكرنا من كون الضمان على خلاف القاعدة يقتصر على مورده و هو تلف المبيع و المثمن و أقصى ما يمكن أن يقال: هو اسراء الحكم إلى الحيوان إذا وقع ثمنا.

و اختار الشيخ الأنصارى العموم بوجهين:

١- عمومية المناط و هو كون العقد خياريا من جانب و لازما من جانب آخر.

٢- استصحاب ضمان المشتري له الثابت قبل القبض.

و كلا- الوجهين غير تامين لأن الأخذ بالمناط، إنما يصح إذا كان قطعيا لا ظنيا كما في المقام خصوصا أن الحكم في المبيع على خلاف القاعدة و خلاف السيرة المألوفة بين العقلاء، و أما الثانى فهو أشبه باسراء حكم من موضوع (ضمان المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢٤

المشتري للثمن قبل اقباضه نظير ضمان البائع للمبيع قبل اقباضه) إلى موضوع آخر، (و هو ضمانه للثمن بعد اقباضه للبائع نظير ضمان البائع للمبيع بعد اقباضه للمشتري) فإن الضمان بعد الاقباض موضوع جديد لا يصح اسراء حكم ما قبل القبض إلى ما بعده، إلا إذا دل عليه دليل كما في مورد المبيع إذا كان حيوانا.

ثم إن الشيخ الأعظم نقل دليل القائل بعدم الضمان بأن الضمان (ضمان الثمن) من مال المالك (البائع) خرج منه ما قبل القبض. ثم أجاب عنه بقوله بأن الضمان قبل القبض و بعده ليس مخالفا للقاعدة و ذلك لأننا نفترض انفساخ العقد و دخول العوض (الثمن) في ملك صاحبه الأصلي (المشتري) و تلفه من ماله، نعم يخالفه أصل عدم الانفساخ.

و هذا الكلام من الشيخ عجيب لأن هذه المحاولة (على فرض قبولها و سيوافيك تفصيلها و تفصيل غيرها) إنما تصح إذا دل الدليل القطعى على ضمان المشتري، الثمن الذى دفعه إلى البائع و تلف تحت يده فلأجل تصحيح الضمان الثابت، يحمل الحكم على ما ذكر لا- ما إذا لم يثبت فإن خروج الثمن عن ملك البائع و دخوله في ملك المشتري، و تلفه من ماله، و رجوع المبيع إلى ملك البائع كلها على خلاف القواعد فلا تبررها المحاولة المذكورة. نعم إذا دل الدليل القطعى لا محيص عنها و عن أمثالها.

و على فرض عموم الحكم للثمن فلا- فرق في الخيارات بين خيار الحيوان، و شرط الخيار برد الثمن، فيلتزم فيه بما يلتزم فى غيره من الانفساخ و دخول الثمن فى ملك المشتري و توهم لزوم العقد من أوله، و حدوث الخيار برد مثل الثمن، مردود

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٢٥

بأنه يكفى تزلزل البيع و لو بالخيار المنفصل و لا يتوقف على وجود الخيار من البدء «١».

٥- هل الحكم مختص بالمبيع الشخصى أو بعم الكلى؟

الامعان فى الروايات يعرب أن الضمان من خصائص كون المبيع حيوانا على الأقوى أو من خصائص كون البيع قطعيا من ناحية البائع و خياريا من ناحية المشتري على القول الآخر من غير فرق بين كون المبيع شخصا أو كليا، فلو دفع و خرج عن العهدة، و تلف فى زمان الخيار فالظاهر وحده الحكم فى المبيع الجزئى و الكلى لكن بعد تسليمه المتحقق بتسليم الفرد، فعلى التصحيح الذى اعتمد عليه الشيخ ينفسخ العقد و يدخل المقبوض فى ملك البائع و يتلف فيه، مثل ما إذا كان المبيع شخصا، و على ذلك فيكون الضمان فى كلا الموردین بمعنى واحد، و هذا ما نسّميه بالضمان المعاملى فى مقابل الضمان الواقعى و هو اشتغال ذمّة الضامن بالمثل أو القيامة لا انفساخ العقد.

نعم إن الشيخ الأعظم و تبعه السيد الأستاذ- قدس سره- و المحقق الخوئي خصوا الحكم بالمبيع الشخصي و استدلوا عليه بوجهين:
أ- أن الموضوع هو تلف المبيع الذي يستلزم انفساخ العقد، و هذا إنما يتصور إذا كان المبيع شخصيا و أما الكلي فالفرد المقبوض إذا
تلف فليس هو من مقولة تلف المبيع بل من مصاديق تلف مصداق منه، و الموضوع في الروايات هو

(١)- و إلى هذا أشار الشيخ بقوله: «نعم يبقى هنا أن هذا مقتض لكون تلف الثمن في مدة خيار البيع الخياري من المشتري ... الخ»
ص ٣٠١ ط تبريز، و العقد لازم من جانب المشتري دون البائع و لذا يتوجه إلى المشتري ضمان الثمن.
المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢٦

تلف المبيع. و لأجل ذلك يفارق ظهور العيب في الشخصي حكما مع ظهوره في الفرد المقبوض بما أنه مصداق للكلي، ففي الأول
يكون مختيرا بين الفسخ و الامضاء مع الارش أو لا معه، دون الثاني، بل على البائع أن يبذله بفرد آخر و لا يفسخ العقد (١).
يلاحظ عليه: أنها دقة عقلية لا- يلتفت إليها العرف، فإن المبيع الكلي إذا انطبق على الفرد يصدق عليه أنه المبيع فتشمله الروايات،
كقوله- عليه السلام:-

«لا ضمان على المبتاع حتى ينقضى الشرط و يصير المبيع له» و تصور أن في الصدق تأولا و تجوزا و إن كان صحيحا لكنه لا يلتفت
إليه إلا الفقيه الدقيق لا- العرف المخاطب بالروايات، و الذي يؤيد ذلك أن العناوين مرايا إلى الخارج، و ليس ابتياع الكلي إلا لغاية
تجسيده بدفع الفرد منه.
٢- ما ذكره الشيخ بقوله:

ألف: «أن مقتضى ضمان المبيع في مدة الخيار على من لا خيار له- على ما فهمه غير واحد- بقاءه على ما كان عليه قبل القبض».
ب: و دخول الفرد (٢) في ملك المشتري لا يستلزم الانفساخ بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلي كغير المقبوض، و هذا
مما لا تدل عليه الأخبار المتقدمة (٣).
و كلامه هذا مركب من فقرتين و كلاهما في غاية الاجمال.

(١)- مصباح الفقاهة: ٧/ ٥٣٠، البيع قسم الخيارات: ٥/ ٣١٨.

(٢)- المراد من الفرد هو الثمن، و قد بحث الشيخ عن مسألة شمول الحكم للكلي في ضمن عمومية الحكم للثمن ثم انتهى إلى البحث
عن اختصاص الضمان بالجزئي من الثمن أو يعمه و الكلي منه.

(٣)- الخيارات: ٣٠١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢٧

أما الأولى فهي تشير إلى:

أن الحكم بالضمان في مدة الخيار، استمرار للضمان الموجود قبل القبض، و الحكم بالضمان قبل القبض و إن كان رائجا بين العقلاء
لكن الشرع أضاف إليه الضمان بعده تحت شروط، و عليه ففرض كون البائع ضامنا بعد القبض أيضا في مورد، فرع كونه ضامنا أيضا
قبل القبض عند التلف في ذلك المورد بحكم أنه استمرار لذلك الضمان، فلو افترضنا في مورد عدم ضمان البائع قبل القبض، لا
يحكم عليه بالضمان بعد القبض أيضا أخذا بحديث الاستمرار.

أما الفقرة الثانية: فهي نوع استنتاج من الفقرة الأولى توضيحه.

فإذا كان الضمان أيام الخيار استمرارا للضمان قبل القبض فانطبق القاعدة على مورد، فرع انطباق القاعدة الأولى عليه و لا يكون
كذلك إلا إذا كان المبيع أو الثمن شخصيين مثلا: إذا كان المبيع كليا، فليس هناك ضمان قبل القبض بالنسبة إلى الفرد لأن

المفروض أن المبيع هو الكلي لا- ذاك التالف. و أما بعده فهو و إن كان متصوّرا، لكن معنى الضمان عندئذ- إذا كان المبيع كليا و تلف الفرد المقبوض- هو صيرورة الكلي كغير المقبوض، و هو غير الضمان المستفاد من الأخبار السابقة التي كانت مآلها إلى انفساخ العقد، و دخول التالف في ملك الناقل، و أين هذا من صحّة العقد عند تلف الفرد من الكلي، غاية الأمر صيرورة الكلي كغير المقبوض، و لا يصحّ حمل الروايات على معنيين مختلفين.

يلاحظ عليه: أن الضمان في أيام الخيار و إن كان استمرارا للضمان الثابت

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢٨

قبل القبض لكنّه ليس بمعنى وجود الملازمة بينهما و أنّه إذا لم يكن للقضية الأولى موضوع في مورد التلف قبل القبض، يجب أن لا تصدق عليه القضية الثانية- إذا كان لها موضوع- بحجّة أن الضمان الثاني استمرارا للأولى بل الاستمرار أعمّ من أن يكون بينهما ملازمة أو لا، و على ضوء ذلك فعدم صدق الضمان في مورد تلف الفرد قبل القبض عند كون المبيع كليا، لا يكون دليلا على عدم جواز انطباق القضية الثانية في ذلك المورد بشرط كون التلف بعد القبض.

و ما ذكره من أن الضمان في مورد بيع الكلي هو فرض المقبوض كغير المقبوض، و أين هو الضمان في مورد كون المبيع جزئيا، غير تام بل الضمان في كلا الموردین بمعنى واحد، و هو انفساخ العقد و دخول المبيع الجزئي في ملك البائع، كدخول الفرد المقبوض من المبيع الكلي في ملكه، و رجوع الثمن إلى المشتري فتكون الأخبار الماضية محمولة على الضمان بمعنى واحد.

٦- ما هو معنى الضمان في القاعدة:

إنّ في تفسير القاعدة و الروايات الواردة حولها وجوه و احتمالات ذكرها الشيخ و السيد الطباطبائي في تعليقه:

١- الانفساخ قبل التلف آنا ما أو تقدير ذلك، حتى يدخل التالف في ملك الناقل و يكون التلف من ملكه، و عندئذ يرجع الثمن إلى المشتري و هذا هو خيرة الشيخ و جماعه و تؤيده بعض عبارات الشهيد في الدروس، و عليه يكون الضمان معامليا، فالبائع ضامن للعين بعد القبض إلى انتهاء الخيار في مقابل الثمن الذي أخذه، فلو تلف قبل الانتهاء لا يكون ملزما إلّا بدفع الثمن.

٢- البطلان مع التلف و فرض المعاملة كأن لم تكن و لازم ذلك رجوع الموجود

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٢٩

(الثمن) من العوضين إلى مالكة و أما المثل فلأجل كونه تالفا حين البطلان، لا يحكم عليه بالرجوع إلى مالكة، غاية الأمر المشتري لا يكون ضامنا. و هذا و إن لم يذكره الشيخ، ولكنه أظهر عند العرف من الأول. و في هذا الفرض يكون الضمان معامليا أيضا من دون حاجة إلى الحكم بدخول المبيع في ملك البائع.

٣- بقاء العقد مطلقا، و أما الخيار: ففيه التفصيل فلو كان متعلّقا بالعقد يسقط الخيار و يتعيّن الرجوع إلى المثل أو القيامة بمقتضى بقاء العقد و كون الضمان عليه، و لو كان الخيار متعلّقا بالعقد، يتخيّر بين الفسخ و استرجاع الثمن، و الامضاء و الرجوع إلى المثل أو القيامة، و هذا أكثر انطباقا على القواعد، و هذا ما يسمّى بالضمان الواقعي مثل الضمان بالاتلاف أو اليد.

٤- تلك الصورة (لو كان الخيار متعلّقا بالعقد) لكن إذا فسخ يسترجع الثمن، و أما إذا لم يفسخ، يحتمل أمور:

ألف: عدم الرجوع بشيء.

ب: الرجوع بالثمن معينا.

ج: الرجوع بالمثل أو القيامة أو الثمن مخيرا.

و لا يخفى بطلان الاحتمالات الثلاثة الأخيرة، لأنّ عدم الرجوع بشيء عند عدم الفسخ مناف لاطلاق الروايات من كون الضمان على البائع، كما أنّ توهم الرجوع إلى الثمن عند عدم الفسخ معينا، أو بالمثل أو القيامة أو الثمن مخيرا واه جدا فبقيت الاحتمالات الثلاثة

الأول و لا بد فى استظهار واحد منها من التماس دليل.

و أما الاحتمال الأول فربما يستظهر من لسان الروايات و غيرها و إليك البيان:

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣٠

١- قوله: «فهو من مال البائع» و قد ورد ذلك التعبير فى صحيحه ابن سنان «١» و رواية على بن رباط «٢» و معناه أن التالف يعدّ مالا له و يتلف، بما أنه مال من أمواله، و هذا يلزم الانفساخ و إلّا فلا يصير مال المشتري مالا للبائع.

و على ذلك: فالجمله بيان لما ورد فى صدر صحيحه ابن سنان حيث قال للإمام: على من ضمان ذلك؟! فأجاب الإمام فى ذيل الرواية: بأنه من مال البائع أى يفسخ العقد و يحسب التلف من ماله و يكون العقد كأن لم يكن، و يردّ الثمن و يكون الضمان معامليا لا واقعا.

٢- وروود نفس ذاك التعبير فى النبوى المعروف «٣» المفتى به عند الأصحاب أعنى: «كل مبيع قد تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» و قد فهموا منه الانفساخ.

يلاحظ على الأول: أنه كناية عن كون الخسارة على البائع، و أما كيفية كون التلف من ماله بافتراض دخوله فى ملك البائع و تلفه فى ملكه فليس للإمام بصدد بيانه بل هو موكول إلى العرف، و ما أفيد من ظهور الحديث فى أن التالف يصير ملكا له حال تلفه و هذا لا يمكن إلّا بالانفساخ و صيرورته ملكا للبائع آنا ما حقيقة أو تقديرا، دقة عقلية و هذه التعابير، عبارات عرفية لا تتحمل هذه التدقيقات. و على الثانى أن وحدة التعبير فى المقام، و فى التلف قبل القبض يعرب عن

(١)- الوسائل ج ١٢ الباب ٨، من أبواب الخيار، الحديث ٢. و الباب ٥، الحديث ٢.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٥، من أبواب الخيار، الحديث ٥.

(٣)- المستدرک: ج ١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣١

وحدة المراد و هو أن الضمان على البائع و الخسارة عليه، و أما تصوير كيفية الضمان عليه، من أنه بانفساخ العقد و دخول التالف قبل التلف فى ملك البائع و تلفه فى ملكه، فمما لا يدل عليه النبوى فى مورد فكيف فى المقام.

و الأولى أن يقال أن الصحيحه و النبوى، منصرفان عن بيان كيفية الضمان على البائع. و فرض الملك تحقيقا أو تقديرا آنا ما، بعيد عن الأذهان العرفية و إنما ساق الفقهاء إلى هذه الفكرة، تطبيق النصوص على القواعد.

و لعل الوجه الثانى و هو بطلان المعاملة بالتلف و فرضه كأن لم يكن أظهر من الأول و عندئذ يسترجع المشتري الثمن، بحكم بطلانها، و أما البائع فيرجع صفر اليد لعدم وجود المبيع، و النتيجة واحدة.

نعم إن الوجه الثالث أكثر انطباقا على الأصول و القواعد، إذ لا وجه للانفساخ، أو البطلان قبل التلف أو حينه أو بعده، غاية الأمر دلت النصوص على أن الخسارة ترد على البائع، و لم يدل دليل على بطلان العقد فهو بعد باق بحاله، و أما الخيار فإن كان متعلقا بالعين الشخصية، يسقط الخيار و يبقى العقد بحاله، فيرجع إلى البائع بالمثل أو القيامة بمقتضى كون الضمان عليه، كسائر الموارد التى يكون الضمان على أحد المتعاقدين و إن لم يكن متعلقا بها بل متعلقا بالعقد، فله أن يفسخ و يرجع إلى الثمن أو يمضى و يرجع على البائع بالمثل أو القيامة.

و الحاصل أن الاحتمال الأول بعيد، و الثانى قريب إلى الأذهان العرفية و الثالث أوفق بالقواعد و الفتاوى، و النتيجة على القولين الأولين واحدة بخلاف الثالث، فإن العقد- عليه- باق و الخيار ساقط تارة و غير ساقط أخرى كما عرفت.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣٢

٧- ضامن للعين و الوصف:

إن صريح صحيحة ابن سنان أن الضمان لا يختص بالتلف بل يعم كل ما حدث فى المبيع من تلف جزء أو حدوث حدث يذهب بوصفه حيث قال «أو يحدث حدث» لكنه لا- يؤثر إلا فى كون ضمانه على البائع فيرجع إليه بالارش إذا أمضى و لم يفسخ بالخيار السابق على زوال وصف الصحة، و لا يحدث خيارا آخر، وراء ما كان يملكه من بدء العقد، لاختصاص النص بالضمان لا غير، و تظهر الثمرة أنه لو سقط خياره السابق بعد حدوث حدث، فلا يصح الرد بطرود العيب، لعدم كونه بمنزلة العيب الموجود حال العقد.

٨- الحكم يختص بالتلف و لا يعم الاتلاف:**إشارة**

إن مورد النصوص هو التلف، لا- الاتلاف سواء كان المتلف صاحب الخيار أو المتعاقد الآخر أو الأجنبى فلا بد فيه من الرجوع إلى القواعد.

نعم ألحق الشيخ بالاتلاف حكم الشارع بالاتلاف كما إذا صار العبد مقعدا أو أعمى أو نكله المشتري حيث ينعق بحكم الشارع. لكن النصوص منصرفه عنه.

كما أن المتيقن هو موت الحيوان بسبب خاص به و أما إذا مات بطارئ عام مثل السيول و الزلازل، بحيث تكون نسبتها إلى المتبايعين سواسية و مثله ما إذا مات بشيوع العاهات بين الدواب فتضمن البائع فى هذه الصور مشكل جدا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣٣

و أما حكم الاتلاف فلو أتلفه المشتري أو أحدث فيه حدثا سقط خياره، لأن التصرف آية رضاه بالبيع.

و لو أتلفه البائع لا يبطل خيار المشتري فلو لم يفسخ يرجع إلى البائع بالمثل أو القيامة، و إن فسخ يرجع إليه بالثمن، و لو أتلفه الأجنبى يتخير المشتري بين الامضاء و الفسخ، فلو أمضى يرجع إلى المتلف بالمثل أو القيامة بحكم أنه أتلّف ماله، و من أتلّف مال الغير فهو ضامن، و إن فسخ فلا شك أن المشتري يرجع إلى البائع بالثمن إنما الكلام فيمن يرجع إليه البائع فقد ذكر الشيخ هنا احتمالات ثلاثة:

١- يرجع إلى المتلف.

٢- يرجع إلى المشتري.

٣- يتخير فى الرجوع بينهما.

و هذه الاحتمالات الثلاثة من فروع ما إذا فسخ المشتري و أخذ الثمن من البائع لا ما إذا أمضى، و عندئذ يقع الكلام فى تعيين من يرجع إليه البائع.

ألف: رجوع البائع إلى المتلف:

استدلّ الشيخ على ذلك بوجهين:

١- أنّ البدل القائم مقام العين فى ذمة المتلف فيسترده بالفسخ.

٢- أنّ الفسخ موجب لاعتبار كون العين ملكا للبائع عند التلف أو الفسخ و هى فى عهدة المتلف فتكون كما لو كانت موجودة عنده،

فلا بد من الرجوع إليه.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٣٤

و الفرق بين الوجهين كون ذمّة المتلف مشغولة بالبدل من أوّل الأمر، على الوجه الأوّل، و بالعين إلى زمن الانتقال إلى البدل على الوجه الثاني.

وقد ذكر الشيخ الوجه الثاني بالعبارة التالية: «و لأنّ الفسخ موجب لرجوع العين قبل تلفها في ملك المفسوخ عليه» (١) أو لاعتبارها عند الفسخ ملكا تالفا للمفسوخ عليه «٢» بناء على الوجهين في اعتبار يوم التلف أو يوم الفسخ، و على التقديرين فهي في ضمان المتلف كما لو كانت العين في يد الأجنبي.

ثم إنّ الشيخ ردّ على الوجهين عند بيان الاحتمال الثاني و هو الرجوع إلى المشتري و نحن نذكره هنا بتوضيح:

أمّا الوجه الأوّل فأورد عليه ما هذا توضيحه: أنّ ما ذكره أنّما يتم لو كان ما في ذمّة المتلف - عند الفسخ - بدلا عن العين الخارجية من جميع الجهات، قائمته مكانها في تمام الحثيات، فكما أنّه لو كانت العين موجودة عند الأجنبي و أتلّفها يرجع إليه، فهكذا إذا كانت ذمّته مشغولة بها بالتلف فهو مثل العين في جميع الآثار حتى رجوع البائع المالك.

ولكنّه ليس كذلك و إنّما البدلية إنّما هي بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك و أنّ ذمّة المتلف غير فارغة عن ذلك لا أنّه يترتب عليه جميع الآثار المترتبة على العين.

(١) - إنّ مورد البحث في كلام الشيخ هو تلف المبيع لا - الثمن و على ذلك فالفاسخ هو المشتري و المفسوخ عليه هو البائع، و عند التلف أو عند الفسخ يدخل المبيع في ملك المفسوخ عليه، أعنى:

البائع و على ذلك فالصحيح في كلا الموردين هو المفسوخ عليه لكن نسخ «المتاجر» جاء فيها «الفاسخ» مكان المفسوخ عليه، و قد نبّه بذلك الأعلام في تعاليقهم، لاحظ تعليقه السيّد: ١٧١ و الشهيدى / ٥٩٧ و مصباح الفقاهة: ٧ / ٥٣٦.

(٢) - إنّ مورد البحث في كلام الشيخ هو تلف المبيع لا - الثمن و على ذلك فالفاسخ هو المشتري و المفسوخ عليه هو البائع، و عند التلف أو عند الفسخ يدخل المبيع في ملك المفسوخ عليه، أعنى:

البائع و على ذلك فالصحيح في كلا الموردين هو المفسوخ عليه لكن نسخ «المتاجر» جاء فيها «الفاسخ» مكان المفسوخ عليه، و قد نبّه بذلك الأعلام في تعاليقهم، لاحظ تعليقه السيّد: ١٧١ و الشهيدى / ٥٩٧ و مصباح الفقاهة: ٧ / ٥٣٦.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٣٥

و بعبارة أخرى: المقصود أنّه إذا تلف لا يخلّى و سبيله بل يؤخذ بدفع الغرامة عوضا عمّا أتلّف و أمّا أنّ ما في ذمّته كالعين من جميع الجهات فلا.

وقد ذكره الشيخ بالعبارة التالية: «و كونه بدلا عن العين إنّما هو بالنسبة إلى التلف من حيث وجوب دفعه إلى المالك كالعين لو وجدت لا أنّه بدل خارجي يترتب عليه جميع أحكام العين حتى بالنسبة إلى غير التلف و هذا البدل نظير بدل العين لو باعها المشتري ففسخ البائع فإنّه لا يتعيّن للدفع إلى الفاسخ» (١).

و على ذلك فيرجع البائع إلى المشتري، فالمشتري يرجع إلى الأجنبي.

و أمّا الوجه الثاني فقد أورد عليه: بأنّه و إن كان موجبا لاعتبار كون العين ملك «البائع» لكن موصوفة بوصف هو اشتغال ذمّة متلفها ببدلها للمشتري، فتكون ذمّة الأجنبي مشغولة للمشتري لا للبائع.

و إلى هذا أشار إليه (عند بيان الوجه الثاني أى الرجوع إلى المشتري) بقوله:

أمّا الفسخ فهو موجب لرجوع العين قبل تلفها مضمونة لمالكها على متلفها بالقيمة، في ملك المفسوخ عليه، فيكون تلفها بهذا الوصف

مضمونا على المالك «٢» لا المتلف.

و بعبارة أخرى: عادت العين إلى المالك السابق بوصفين:

ألف: عادت إلى البائع بوصف كونها مضمونة ضمانا معاوضيا على المشتري في مقابل البائع بحيث إذا فسخ يجب أن يرد عليه الثمن.

(١)- المتاجر: ٣٠٢.

(٢)- الظاهر أنه أراد منه من له الخيار و هو المشتري المالك حين الفسخ و الحق أن عبارات الشيخ في المقام ألعاز، فلاحظ.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٣٦

ب: عادت إلى البائع بوصف كونها مضمونة على الأجنبي ضمانا غراميا واقعا بالنسبة إلى المالك حين الفسخ و هو المشتري، و عليه فلا يرجع البائع إليه بل يرجع إليه المشتري.

إلى هنا تم بيان الوجه الأول و هو رجوع البائع إلى المتلف، كما ظهر ضعف الوجهين اللذين استدل بهما القائل على مدعاه و حان بيان الوجه الثاني أي الرجوع إلى المشتري و إليك البيان.

ب: رجوع البائع إلى المشتري:

هذا هو الوجه الثاني و هو خيرة الشيخ و السيد الطباطبائي و غيرهما و يظهر وجه رجوعه إلى المشتري عن البيان السابق في الرد على الوجه الأول، و هو أن العين ترجع بالفسخ إلى البائع بوصفين:

١- ترجع العين إلى المفسوخ عليه بوصف كونها مضمونة على الفاسخ ضمان معاوضة.

٢- ترجع العين إلى المفسوخ عليه حال كونها مضمونة على المتلف ضمان غرامة للمشتري، فعندئذ لا محيص عن رجوع البائع إلى المشتري الذي ضمن له ضمان المعاوضة حين العقد، و على ذلك فعلى الفاسخ دفع القيامة حين الفسخ للبائع، و على المتلف دفع القيامة حين التلف أو حين الغصب أو أعلى القيم للفاسخ. هذا هو الوجه الذي ذكرناه سابقا.

و نقول توضيحا لعبارة الشيخ: «أن الثمن تلف في ملك المشتري، و قد دخل في ملكه بدله (ما في ذمة المتلف) قبل الفسخ، فإذا فسخ العقد يدخل

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٣٧

الثمن في ملك المشتري، و لأجل عدم جواز الجمع بين الثمن و بدله، يخرج بدله عن ملكه و يدخل في ملك ناقله أي البائع، لأنه مقتضى الفسخ، و لكنه يستقر في ذمة المشتري لا في ذمة المتلف.

أما استقراره في الذمة لأنه محل استقرار التالف، و أما استقراره في ذمة المشتري لأن ما في ذمة الأجنبي إنما يتشخص عند الاتلاف مالا للمشتري، و مع تشخصه لا يمكن أن يكون مالا للنقل أي البائع.

ثم إن الشيخ ذكر هذا الوجه بقوله: «إذا دخل الثمن في ملك من (المشتري) تلف الثمن في ملكه، خرج عن ملكه بدل الثمن (المبيع) و صار (لنقل) مستقرا في ذمة (المشتري) (أما الذمة) فلأن ضمان المتلف (بالفتح) (بالفسخ) محله الذمة لا الأمور الخارجية، و (أما كونه في ذمة المشتري لا الأجنبي) فلأنه ما في ذمة المتلف (بالكسر) إنما يتشخص ملكا للمالك (المشتري) فلا يكون الشيء الواحد ملكا لشخصين».

ج: التخيير بين الرجوع إلى المشتري و المتلف:

هذا هو الوجه الثالث الذى وصفه الشيخ بأنه أضعف الوجوه، وجه التخيير أن العين تلفت و هى فى ضمان المشتري ضمانا معاوضيا، و المفروض أن المتلف ضامن ضمان غرامة فالمقام يكون أشبه بتعاقب الأيدي، أو أشبه باجتماع اليد و الاتلاف، فالمشتري ضامن من جهة اليد، و المتلف ضامن لأجل الاتلاف، فللمالك الرجوع بأيهما شاء.

و الأقوى هو الوجه الثانى ثم الثالث و إن وصفه الشيخ بأنه أضعف الوجوه

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣٨

و لعل الأول أضعف. و على كل تقدير فقد أشار الشيخ إلى هذا الوجه بقوله: و من كون يد الفاسخ «١» عليه يد ضمان بالعوض قبل الفسخ، و بالقيمة بعده، و اتلاف الأجنبى أيضا سبب للضمان فيتخير فى الرجوع.

(١)- فى نسخ المتاجر «المفسوخ عليه» و الصحيح «الفاسخ» عكس ما سبق.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٣٩

أحكام الخيار

[الحكم] الخامس: حكم التسليم فى زمن الخيار

قال العلامة فى التذكرة لا يجب على البائع تسليم المبيع و لا على المشتري تسليم الثمن فى زمان الخيار و لو تبرع أحدهما بالتسليم، لم يبطل خياره، و لا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، و له استرداد المدفوع قضية للخيار ثم نقل عن بعض الشافعية: أنه ليس له استرداده، و له أخذ ما عند صاحبه بلا رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم البيع.

إن ما ذكره من أحكام الخيار حكم انفرد به العلامة و هو مخالف لعموم سلطنة الناس على أموالهم، بل يجب على كل واحد تسليم ما لديه عند الطلب، و كون العين متعلقة للخيار، لا يمنع عن التسليم لما عرفت و ستعرف أن الخيار يتعلق بالعقد دون العين، و على فرض تعلقه بالعين، لا يكون سببا لمنع التسليم بل يجب الجمع بين الحقين: التسليم من جانب ذى الخيار، و حرمة تصرف الآخر تصرفا منافيا للخيار، نعم لو شرط عدم التسليم إلّا بانقضاء الخيار فله المنع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٤٠

أحكام الخيار

[الحكم] السادس: عدم بطلانه بتلف العين

إشارة

و قبل الخوض فى المقصود لا بد من تحرير محل النزاع.

لا شك فى سقوط الخيار فى موارد:

١- إذا كان مشروطا بوجود العين و ردّها، فيسقط الخيار، فليس للمشتري الخيار، إذا امتنع الرد الخارجى.

٢- إذا دلّ الدليل الشرعى على سقوطه مع تلف العين أو حدوث حدث فيها، كما هو فى خيار العيب لما مرّ من مرسله جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما: «إن كان الشئ قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب» «١».

٣- إذا كان التلف موجبا للانفساخ كما هو الحال فى التلف قبل القبض أو فى التلف فى زمان الخيار كما مرّ.

٤- التلف فى زمان خيار التأخير، فإنه يوجب الانفساخ فلا يبقى موضوع

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٤١

للخيار.

فإذا أخرجنا هذه الصور عن محط البحث يقع النزاع فى بقاء الخيار مع تلف العين و عدمه، فقد اختار الشيخ الأنصارى قولين مختلفين، ففى صدر المسألة حكم ببقاء الخيار، قائلاً بأن الخيار عبارة عن ملك فسخ العقد و معلوم أن العقد بعد التلف قابل للفسخ، و لذا تجوز الاقالة حينئذ اتفاقاً، فلا مزيل لهذا الملك بعد التلف و لا مقيد له بصورة البقاء.

ثم أخرج صورتين عن تحت هذه القاعدة:

١- إذا علم من الخارج أن تشريع الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين، فيتبنى هذا الضرر بتلف العين كما فى العيب، فإنّ تخيره بين الردّ و الارش لأجل أن الصبر على العيب ضرر، و لو مع أخذ الارش، فتداركه الشارع بملك الفسخ و الرد، فإذا تلفت انتفت حكمه الخيار و تعين الارش.

٢- إذا كان دليل الخيار معنونا بجواز الردّ لا بالخيار، اختصّ ثبوت الخيار بصورة تحقّق الردّ المتوقّف على بقاء العين «١».

ثم إنّ الشيخ ذكر فى آخر المبحث وجهاً آخر، و هو أن الأصل عدم ثبوت الخيار عند التلف، إلّا فى موضع دلّ عليه الدليل، و ذلك لأنّه لم تدل أدلّة الخيار من الأخبار و الاجماع إلّا على التسلّط على الردّ أو الاسترداد و ليس فيها التعرّض للفسخ المتحقّق مع التلف أيضاً.

و كون الخيار بمعنى ملك الفسخ لم يثبت كونه كذلك فى الروايات.

(١)- لاحظ: الوسائل ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العيوب، فإنّ أكثر الروايات تشتمل على كلمة الردّ و هى واردة فى الجارية الحبلية

التي لم يعلم المشتري بحبلها.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٤٢

يلاحظ على ما ذكره أخيراً: أنّه ليس للخيار حقيقة شرعية أو متشريع، بل هو بمعناه العرفى عند العرف و الشرع، و الظاهر من الخيار هو الاختيار بين ايجاب العقد و رده، و لأجل ذلك نرى أن الخيار استعمل فى مقابل وجوب البيع فى روايات:

١- صحیحة الحلبي بسنده عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «أيما رجل اشترى من رجل بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا فإذا افترقا وجب البيع» «١».

٢- خبر غياث بن إبراهيم بسنده عن على- عليه السلام- قال: إذا صفق الرجل على البيع، فقد وجب و إن لم يفترقا «٢».

٣- رواية قرب الاسناد عن على بن رئاب قال: سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ قال: ... فإذا مضت ثلاثة أيام، فقد وجب الشراء «٣».

٤- رواية الصّفار، قال: كتبت إلى أبى محمد- عليه السلام- فى الرجل اشترى من رجل دابة، فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ أله أن يردها فى الثلاثة أيام...؟ فوقع- عليه السلام-: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء «٤».

و هذه الروايات و نظائرها تؤيد النظرية الأولى، و هو أن متعلّق الخيار و مقابلة ايجاب البيع شىء واحد، و هو العقد، غير أن الخيار فكّ العقد، و ايجابه هو دعم العقد و توطيده.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و ٧.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب الخيار، الحديث ٤ و ٧.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الخيار، الحديث ٩.

(٤)- المصدر نفسه: الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٤٣

و بذلك تقف على صحّة الضابطة المعروفة بين الفقهاء من أنّ كل خيار كان متعلّقاً بالعقد فهو لا يبطل بتلف العين إلّا أن يكون الخيار متمثلاً في مفهوم ردّ العين أو تراد العينين، كما هو الحال في المعاطاة على القول بعدم اللزوم، و أمّا تعيين المصاديق فهو يحتاج إلى الدقّة في كلّ خيار على حدة.

و أمّا ما ورد من الروايات في الأمانة المشترية، و هي حبلي فهل الردّ هناك، كنايةً عن خيار الفسخ أو كنايةً عن الردّ الخارجي المعرب عن كون الردّ قائماً بالعين؟

الظاهر هو الثاني، و إن كان المختار لسيدنا الأستاذ هو الأوّل.

مسألة: في ضمان العين بعد الفسخ:

إذا فسخ المشتري البيع، فهل يضمن ما في يده إلى أن يرده على البائع كما عليه الشيخ الأعظم مدّعياً عليه عدم الخلاف أو لا؟ و قد استدلّ للضمان بوجوه:

١- الاستصحاب، لأنّ البائع لم يسلم العين إلّا في مقابل العوض و الأصل بقاؤه.

يلاحظ عليه: أنّ الضمان السابق كان ضماناً معاوضياً و المقصود الثبات الضمان الغرامى، و الضمان الواقعى.

٢- عدم ثبوت كونها أمانة مالكيّة و لا شرعيّة، و إذن الشارع في الفسخ لا يستلزم رفع الضمان.

يلاحظ عليه: أنّه مثبت و أنّه من قبيل اثبات أحد الضدّين بنفى الضدّ الآخر، و نفي كونها أمانة على الاطلاق لا يثبت كونها مضمونة.

٣- الأخذ بطبع المعاملة و هو الضمان و إن شئت قلت: الأخذ بعموم على

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٤٤

اليد، الشاملة لليد العادية و غيرها خرجت منه اليد الممحصّنة في الأمانة و انتفاء المستثنى معلوم بالوجدان، و على ذلك فلا اشكال في المسألة، و عليه فيجب عليه الردّ تكليفاً و يضمن لو تلف، إلّا في صورتين:

ألف: إذا أعلمه بالفسخ و أذن في الإبقاء.

ب: إذا أعلمه و لم يأذن في الإبقاء و تلف في سبيل الردّ لكونه في عمله هذا محسناً، و «ما على المحسنين من سبيل».

و منه يظهر حكم عكس المسألة و هو إذا فسخ البائع و هي في يد المشتري فيحكم بالضمان لعموم «على اليد» إلّا إذا أذن في الإبقاء أو تلفت في سبيل الردّ.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٤٥

الفصل الثالث عشر أحكام النقد و النسيئة

إشارة

إطلاق العقد يقتضى النقد.

هل التصريح بالتعجيل تأكيد أو تأسيس؟

البيع بثمن حالاً و بأزيد مؤجلاً.

إذا كان الثمن هو الأقل و الزيادة شرطاً.

فى حكم الثمن المؤجل.

فيما إذا كان الثمن حالاً أو صار حالاً.

فى تأجيل الثمن الحال بأزيد منه.

فى بيع المبتاع بالثمن المؤجل من البائع.

فيما إذا اشترط الشراء فى البيع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٤٧

أحكام النقد و النسيئه ينقسم البيع باعتبار التأخير و التقديم فى أحد العوضين إلى أربعة أقسام:

١- بيع الحاضر بالحاضر.

٢- بيع المؤجل بالمؤجل.

٣- بيع الحاضر بالثمن المؤجل و هى النسيئه.

٤- بيع المؤجل بالحاضر و هو السلم.

و القسم الثانى باطل لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يباع الدين بالدين» «١»، و سيوافيك شموله لبيع الكالى بالكالى.

المسألة الأولى: إطلاق العقد يقتضى النقد:

المعروف: أن إطلاق العقد يقتضى النقد، و استدللّ عليه بما فى التذكرة: أن قضية العقد انتقال كلّ من العوضين إلى الآخر فيجب

الخروج عن العهده متى طولب صاحبهما.

و يلاحظ على ذلك:

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ٨ من أبواب السلف، الحديث ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٤٨

١- أن الصحيح: إن مقتضى اطلاق الثمن و عدم تقيده بالأجل، يقتضى ذلك، فالتعبير المذكور من قبيل الوصف بحال المتعلق.

٢- إن مقتضى العقد هو التبادل بين المالين من غير فرق بين النقد و النسيئه، و أمّا لزوم الأداء عند المطالبة فيمكن أن يكون لأجل

الوجه التاليه:

ألف- إنه مقتضى تسلط الناس على أموالهم و الامتناع عن التسليم ينافى السلطنة.

ب- إن التبادل على وجه الاطلاق موضوع لحكم الشرع و العقل بوجوب التسليم.

ج- إن طبع المبادله يقتضى النقد لأن الأصل فى البيع هو المعاطاه و هى قائمه بالتعاطى الفعلى و البيع بالعقد متفرع عليه، و تأخير أحد

العوضين، على خلاف الطبع لا يصح إلّا بالتصريح و هذا ما يعبر عنه بالانصراف.

و أمّا رواية عمّار عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقا، فقال: وجب البيع و الثمن إذا

لم يكونا اشترطوا فهو نقد «١» فقابله للحمل على أحد هذه الوجوه.

المسألة الثانية: هل التصريح بالتعجيل تأكيد أو تأسيس:**إشارة**

إذا صرّح بالتعجيل فهل يفيد نفس ما يفيد الاطلاق فيكون مؤكّداً أو يفيد شيئاً جديداً؟ قولان: مؤكّداً لما يفيد الاطلاق، فمعناه التأكيد على التسليم عند المطالبة كما كان هو مفاد الاطلاق أيضاً. و مؤسس، و هذا يحتمل وجوها ثلاثة:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٤٩

١- ما ذكره صاحب الجواهر: أن يعجل بدفعه من دون مطالبة فيغايير مفاده مفاد الاطلاق.
و أورد عليه الشيخ بوجهين:

ألف: أنه خلاف المتفاهم من ذلك الشرط الذي هو محطّ نظر المشهور.

ب: أن مرجع عدم المطالبة في زمان استحقاقها إلى الغاء هذا الحق في هذا المقدار من الزمان و بعبارة أخرى أن هذا الشرط لغو لأنه إما أن يطالب أو لا، فعلى الأول: يجب التسليم و لو لم يشترط لكفاية الاطلاق في وجوب التسليم عند المطالبة و إن لم يشترط، و على الثاني: يكون مفاده إلغاء هذا الحق.

يلاحظ على الأول: أنه نفس المتفاهم العرفي فربّ تاجر شاغل يغافل عن المطالبة أو يرى نفسه فوق ذلك فيشترط تعجيل التسليم على وجه الاطلاق.

و على الثاني: منع كون مرجع الاشرط إلى إلغاء الحق، بل مرجعه التأكيد على التسليم مطلقاً طالب أم لم يطالب.

٢- ما اختاره الشهيد في دروسه من ترتّب ثبوت خيار الشرط على اشرطه عند التخلّف في خصوص ما إذا عيّن زمان النقد و التعجيل.

٣- ما قوّاه الشهيد الثاني من ترتّب ثبوت خيار الشرط على اشرطه مطلقاً عيّن زمان النقد أو لا.

و على كلا القولين يثبت الخيار إذا كان هناك شرط.

و لعلّ التأسيس أظهر في نظر العرف، فلو لم يتم بدفع الثمن على الوجه المحدّد لا يعد محققاً في طلب المبيع كما هو الحال في اشرط السهام من الشركات.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٥٠

ثم إن صاحب الجواهر أورد على ما قوّاه الشهيد الثاني من ثبوت الخيار مطلقاً عيّن زمان النقد أو لا بوجهين:

١- أنه مستلزم للجهالة إذا تعدّد افراد التعجيل.

٢- لا بدّ من تقييد الخيار بعدم الامكان و إلّا أجز على الوفاء به.

و أجاب الشيخ عن الأول: بأنّ التعجيل المطلق ينصرف إلى أوّل أوقات الامكان عرفاً، و هو يختلف حسب اختلاف المعاملات كميّة و كيفية، و العادات الحاكمة على ظروف العقود.

و عن الثاني: أن ثبوت الخيار مطلقاً أو بعد اجباره، مسألة أخرى، لا صلة لها بخصوص هذه المسألة بل هي مسألة تعم جميع موارد الخيار.

على أنه لا يجري في مثل هذا الشرط لا قبل انقضاء زمان نقد الثمن و لا بعده، أمّا قبل انقضاء زمان نقد الثمن فلاّنه لا يجوز الاجبار، و أمّا بعده فلاّنه غير الزمان المشروط فيه الأداء، فالإجبار على الأداء ليس اجباراً على الوفاء بالشرط، فلاّجل ذلك لا يتصوّر الاجبار.

مسألة: شرط تأجيل الثمن:

إذا اشترى بثمن مؤجل، يجب أن يكون الأجل محددًا على نحو لا يتطرق إليه احتمال الزيادة و النقيصة على وجه لا يتسامح فيه، لا مفهومًا كما إذا قال:

آخر الربيع أو الجمادى، و كل، مردّد بين الشهرين، و لا مصداقًا كقدوم الحاج و استدللّ الشيخ عليه بوجهين:

١- لزوم الغرر لأنّ الجهل بمقدار المدّة يوجب كون المعاملة خطريًا، لأنّ قيم الأجناس ترتفع و تنزل بقلّة المدّة و زيادتها.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥١

و ربّما يتصوّر أنّ الدليل أخصّ من المدعى، لأنّه إنّما يصير خطريًا إذا تردّد الأجل بين المدتين القصيرة و الطويلة، كما إذا تردّد قدوم الحاج بين عشرة أيّام، و ستّة أشهر، و أمّا إذا تردّد بين القصير و الأقصر، كيوم أو خمسة أيّام فلا تكون المعاملة خطريّة. يلاحظ عليه: بما جاء فى صدر المسألة من أنّ المراد من التحديد من حيث الزيادة و النقيصة بما لا يتسامح، و أمّا الزيادة و النقيصة التى تتسامح فلا إشكال فيه، و لا تكون المعاملة خطريًا.

٢- ما دلّ فى السلم- الذى هو عكس المسألة- على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد «١»، و ذلك بتفقيح المناط، و أنّ المتبادر من هذه الروايات هو لزوم كون الأجل محددًا و أنّه لا خصوصية للثمن و المثمن، فلا يرد أنّ هذا من باب قياس باب على باب آخر، و أين السلم من النسئنه؟

نعم لا فرق فى الأجل بين القصير و الطويل. و حكى عن الاسكافى المنع من التأخير إلى ثلاث سنين، و استدللّ لهذا القول بروايتين تدلّ إحداهما على عدم الجواز، فى التأخير إلى ثلاث بينما تدلّ الأخرى على عدم الجواز فى الأزيد على الثلاث «٢». و لكن الامعان فى الروايتين يثبت أنّ الإمام لم يكن بصدد بيان الحكم الشرعى، و إنّما كان بصدد اعطاء النصح للبائع حتى لا يتضرّر بالبائع بالمدّة الطويلة، و ربّما يموت المشتري و تتفرّق أمواله بين الورثة فلا يستطيع على أخذ الثمن.

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ١ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٣.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥٢

و لو تمادى فى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان، كما إذا باع بأجل يزيد على مائتين أو أزيد، فالظاهر أنّ المعاملة باطلّة، لخروج الثمن عندئذ عن الانتفاع و صيرورة المعاملة سفهيّة و لا تشملها العمومات لعدم تعارفها بين العقلاء، و ما فى كلام السيد الأستاذ من احتمال أن يكون هناك غرض عقلائى متعلّق به غير مفيد، لأنّ الميزان فى صحّة المعاملة هو وجود الغرض النوعى لا الشخصى.

و ربّما يصار إلى تصحيح المعاملة بما ورد من حلول الدين المؤجلّ بموت الدائن «١» فيكون الثمن حالًا- بموت المشتري، و لا يجب الصبر إلى المدّة المضروبة، و لكن التصحيح غير صحيح لأنّه فى مورد كان العقد صحيحًا بالذات، ففى هذا الظرف إذا مات الدائن ينقلب المؤجلّ حالًا، و أمّا إذا كانت المعاملة باطلّة، فلا يصحّحها هذا الأمر.

و ربّما يستدلّ على بطلان هذا العقد، بأنّ الاشتراط المذكور تصريح ببقاء الدين، مؤجلًا بعد الموت مع أنّ السنّة دلّت على حلول الأجل بالموت.

يلاحظ عليه: بأنّ حكم الشارع بحلول الأجل لا يكون إلّا فيما كان هناك أجل حسب الاشتراط، فالاشتراط المذكور محقق لموضوع الحكم بالموت، لا أنّه ينافيه، نعم لو كان الشرط بقاء الأجل و عدم حلوله بالموت، كان مخالفًا للسنّة، و كان فاسدًا و مفسدًا.

ثمّ إنّ المناط فى تعيين المدّة هل هو تعيينها فى نفسها بحيث يكون معيّنًا فى الواقع أو معيّنًا عند العرف سواء علم بذلك المتعاقدان أم لا، أم يشترط علم المتعاقدين بذلك؟ و الظاهر هو الأخير إذ لا يرتفع الغرر إلّا به، فلو باع شيئًا بثمن

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١٢ من أبواب الدين.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥٣

مؤجل إلى عيد الأضحى و الفطر. و لكن لا يعلم بزمانه و تردد بين سنة و عشرة أشهر فالمعاملة غريبة، و إن كان الأجل متعينا فى الواقع أو عند العرف. و إلى ذلك ينظر قول السيد الاصفهاني فى وسيلته حيث يقول: «و هل يكفى تعيينه فى نفسه و إن لم يعرفه المتعاقدان كما إذا جعل التأجيل إلى النيروز أو إلى انتقال الشمس إلى برج الميزان؟ وجهان، أحوطهما عدم بل لا يخلو من قوة» «١». و ربما يتصور أن ذلك يناقض جواز البيع و الشراء بأوزان البلد و إن لم يعرفه المتعاقدان على وجه التفصيل و لكن النقض غير تام لعدم ثبوت الجواز فى المقيس عليه، و ربما تحتمل الصحة لارتفاع الغرر فيه عن طريق المشاهدة و تطبيقه على ما لديه من الأوزان.

(١)- وسيلة النجاة: ٥١ / ٢، المسألة ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥٤

المسألة الثالثة: البيع بثمان حالا و بأزيد مؤجلا

إشارة

يظهر من الأحاديث المروية عن النبى و الآل «١» أن البيع بثمان حالا و بأزيد مؤجلا كان رائجا بين العرب فى عصر الرسول و بعده و لأجل ذلك استفاضت الروايات على المنع كما استفاض النهى عنه فى الكتب الفقهية من عصر الاسكافى إلى زماننا هذا، و قد نقل الشيخ أكثر الكلمات فى المسألة. و تحقيق المسألة يتوقف على بيان أمرين:
الأول: ذكر صورة المسألة و استخراج حكمها فى ضوء القواعد.
الثانى: دراسة الروايات الواردة دلالة و سندا. فنقول إن للمسألة صوراً.

صور المسألة ثبوتاً:

أمّا أن يكون كلّ من الأقل و الأ-كثر ثمنا للمبيع كما هو الظاهر من عنوان الفقهاء و إمّا أن يكون الثمن هو الأقل و تكون الزيادة من باب الشرط.
أمّا القسم الأوّل فله صور أربعة:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١ من أبواب أحكام العقود، و مستدرک الوسائل: ج ١٣ الباب ٢ من أبواب أحكام العقود.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥٥

١- لو قال بعتك هذا بعشرة يدا بيد، و بعشرين إلى رأس الشهر و أراد بذلك أن يقبل المشتري أحدهما فى المجلس منجزاً.

٢- تلك الصورة و لكن المشتري قبل الايجاب بلا تعيين أحدهما و قال قبلت لغرض التعيين بعد القبول.

٣- إذا أوجب على نحو التخيير و قبل المشتري كذلك و جاء بكلمة «أو» مكان «الواو» و قال: «بعتك هذا بديا نار عاجلا أو بديا نارين إلى شهر» و قبل المشتري كذلك.

و التفاوت بين الصورتين بالصراحة بالتخيير فى الايجاب و القبول فى الثالثة دون الثانية.

٤- الايجاب على وجه التعليق بأن قال: «بتك بعشرة إن كان نقدا و بعشرين إن كان نسيئة». و يقبل المشتري على وجه التعيين. و أما القسم الثاني فله صور ثلاثة:

١- أن يكون البيع واردا على الأقل نقدا و لكن يشترط الزيادة في مقابل جعل جواز التأخير له و يقول: «بشرط أن يجوز لك التأخير إلى كذا بزيادة دينار».

٢- أن يكون البيع واردا على الأقل و يشترط الزيادة على فرض التأخير في مقابله. و الفرق بين الصورتين أن التأخير في الأولى يكون قانونيا دون الثانية و يكون الأكثر فيها كالغرامة.

٣- تلك الصورة و يشترط الزيادة مجانا عند التأخير لا في مقابله.

هذه مجموع الصور المتصورة و نأخذ ببيان أحكامها حسب القواعد الأولى

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٥٦

ثم لنترجع إلى النصوص الواردة.

أما الأولى: فالظاهر الصحة إن قبل واحدا منهما و كأن الايجاب ينحل إلى ايجابين و هو يقبل أحدهما معينا و هذا مثل ما إذا باع سلعة بعشرة، و سلعة أخرى بعشرين و هو لا يدري أن المشتري يقبل أى واحدة منهما.

و احتمل السيد الطباطبائي - قدس سره - الصحة و البطلان أما الصحة فلوجود المقتضى من الاطلاقات و عدم المانع من الغرر و الجهالة لأن المفروض تعيينه في القبول و لا يضر التردد في الايجاب بعد كون الثمن على الوجهين معينا في القبول. أما البطلان فلعدم جزم الموجب فيكون غررا و لو باعتبار الايجاب «١».

يلاحظ عليه: أن القدر المتيقن من مانع الجهالة و الغرر، هو كون العقد و الاتفاق مشتملا على أمر مجهول، و مخطور و ليس الأمر كذلك بعد قبول المشتري.

و يمكن الاستئناس للجواز بما ورد في قصة شعيب حيث قال لموسى:

إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَّاجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ فَأَجَابَ مُوسَى بِقَوْلِهِ: ذَلِكَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجْلَيْنِ فَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ (القصص / ٢٧-٢٨) و الصداق في النكاح أشبه بالثمن في البيع على وجه و قد زوج شعيب بنته بصدائين:

١- أن يعمل له ثمانية حجج.

٢- أن يعمل له عشر سنين، فخيره بين الصداقين، و هو لا- يعلم حسب الظاهر أن المخاطب يقبل أيًا منهما، و لكن موسى قبل الأقل منجزا و على كل

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي: ١٧٦ / ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٥٧

تقدير و لكن خير نفسه في العمل بالأكثر، و هذا يعرب عن أن الجهالة في الايجاب مع تعيينه في القبول لا اشكال، كل ذلك بناء على ما نقله الذكر الحكيم كان إنشاء من الطرفين للنكاح و لم تكن مقاوله قبل العقد.

و ربما يستأنس في المقام بما رواه أبو حمزة عن أبي جعفر - عليه السلام -، و الحلبي عن الصادق - عليه السلام - «١».

و أما الثانية: فيحكم عليها بالبطلان للجهالة لأن البائع لا يدري بأي ثمن باع كما أن المشتري لا يدري بأي ثمن اشترى و التعيين بعد البيع غير رافع للجهالة حال العقد، و مثله إذا باع بثمانين بأجلين، فالحكم في الجميع واحد.

و أما الثالثة: فيظهر وجه بطلانها من الثانية لأن قبولهما معا غير مقبول، و الحمل على أحدهما المعين لا وجه له و قبول أحدهما تخيرا

مستلزم للجهالة لدى البيع.

و أما الرابعة: فتشترك مع صورتين فى الجهالة، و تختص بالتعليق المبطل.

المسألة الرابعة: إذا كان الثمن هو الأقل و الزيادة شرطاً:

قد كان كل من الأقل و الأكثر فيما تقدم ثمنا و أما إذا كان الثمن هو الأقل، و كانت الزيادة من باب الشرط، فالجهالة و إن كانت مرتفعة لكن الاشكال من جهة أخرى و هى لزوم الربا، و إليك بيان حكم صورها الثلاثة:

(١)- لاحظ الوسائل: ج ١٣، الباب ٨ من أبواب أحكام الاجارة، الحديث ٢ و الباب ١٣ من هذه الأبواب، الحديث ١، و بما أن موردهما الاجارة لم نذكرهما فى المقام.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥٨

أما الأولى: فلا شك أن الشرط يعد ربا و أما كونه مفسداً مع كونه فاسداً أو لا، فمبنى على النزاع المتقدم من كون الشرط الفاسد مفسداً أو لا، و على القول بعدم الافساد فالثمن هو الأقل و لا يلزم على البائع الصبر إلى الأجل لسقوطه عن الاعتبار و لا يقاس بما إذا باع نسيئته بالثمن الأكثر من أول الأمر، و ذلك لأن الثمن هناك الأكثر بخلاف المقام.

و منها تظهر حال الثانية فلا نطيل الكلام بيانه إنما الكلام فى الثالثة فهل هو ربا فى مقابل تأخير الثمن، أو هو طلب فعل من المشتري عند التأخير بالمجان؟! و الأول هو المتفاهم عند العرف.

هذا هو حكم القواعد، و إليك ما ورد من الروايات:

و هى على قسمين:

الأول: ما نهى فيه عن بيعين فى بيع، أو عن شرطين فى بيع، أو صفتين فى واحدة الظاهرة فى التحريم. و لا تحمل على الكراهة إلا بدليل:

١- إن رسول الله بعث رجلاً إلى أهل مكة و أمره أن ينههم عن شرطين فى بيع «١».

٢- نهى رسول الله عن سلف و بيع، و عن بيعين فى بيع، و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن «٢».

٣- نهى عن بيعين فى بيع «٣».

الثانى: ما يدل على الصحة بوجه خاص:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣ و ٤ و ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٥٩

٤- صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: قال أمير المؤمنين- عليه السلام-: من باع سلعة فقال: إن ثمنها كذا و كذا يدا بيد، و ثمنها كذا و كذا نظره، فخذها بأى ثمن شئت، و اجعل صفتها واحدة، فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظره «١».

٥- موثقة السكونى عن جعفر الصادق- عليه السلام-: أن عليا- عليه السلام- قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين، بالنقد كذا و بالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين، يقول: ليس له إلا أقل النقيدين إلى الأجل الذى

أجله بنسيئة «٢».

و إليك الكلام فى هذه الروايات:

- ١- لو كان هناك اجمال فى الروايات الثلاث، أعنى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «عن شرطين فى بيع» و قوله «عن بيعين فى بيع» فيرفع الاجمال بما جاء فى صحيحه محمد بن قيس «٣»: «من ساوم بثمانين أحدهما عاجلا و الآخر نظره». و لعل التعبير بشرطين لاشتمال الكلام ظاهرا أو باطنا على الشرطين: إن كان نقدا ... إن كان نسيئة، كما أن التعبير ببيعين لانحلال الايجاب على ايجابين و بيعين.
- ٢- قد فرض فيها كل من الأقل و الأكثر، ثمنا للسلعة، و على ذلك فالقسم الثانى بصورها الثلاثة خارج عن مورد الروايات، و على ذلك فما احتمله الشيخ فى توضيحها من حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا و هذا الشرط فاسد لما سيجىء من أن تأجيل الحال بزيادة ربا

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٢.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٢ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١ و ٢.

(٣)- مؤلف كتاب القضايا و قد أعيد تأليفه باشرافنا و طبع.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦٠

محرم ... فى غير محلّه.

٣- إن مورد الروايتين الأخيرتين هو كون أحد الثمنين حالا و الآخر مؤجلا، و أما البيع بثمانين بأجلين فهو خارج عن مصبهما و ما فى الموثقة من التعبير «أبعد الأجلين» فهو من باب المشاكلة و إلاً فصريح الصدر كون أحد الثمنين نقدا و الآخر مؤجلا.

٤- إن كلمات الأصحاب مختلفه فى المسألة و قد نقلها الشيخ الأعظم فالمحكى عن المبسوط و السرائر، و أكثر المتأخرين هو البطلان لأجل الجهالة قياسا بما إذا تردّد المبيع بين المتاعين، و ظاهر المقنعة، كون العمل منهيّا تحريما أو تنزيها مع صحّة البيع و يكون الثمن أقلهما فى آخر الأجلين، و قد ذكر الشيخ فى كلامه احتمالات خمسة، بعدها خامسها، أعنى قوله: «و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن» لكونه خلاف ظاهر عبارة المقنعة و الروايات، فإنّ ظاهرها كون كلّ من الدرهم و الدرهمين ثمنا مستقلا، نعم ظاهر المقنعة، كون كل من الثمنين مؤجلا و هو خلاف مورد الروايات.

و ظاهر النهاية و الغنية و المراسم و الكافى و المهذب: الحكم بالبطلان، باضافة «فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبايع أقل الثمنين فى آخر الأجلين».

و المهم هو رفع التنافى بين صدر كلامهم و آخره، حيث حكموا، بالبطلان أولا ثم بالصحة ثانيا باسقاط الأكثر عن الاعتبار، و قد ذكر الشيخ الأعظم وجهين:

١- حمل كلامهم على أن الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا و الشرط فاسد دون العقد. و عليه أيضا تحمّل الرواية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦١

يلاحظ عليه: أن ما ذكره ينطبق على لفظ المختلف و الدروس فقط، و ظاهر البايعين كون كلّ واحد ثمنا.

على أنه لو صحّ العقد فلما ذا صحّ بالنحو المذكور فإذا كان الثمن هو الأقل فليكن الثمن معجلا لا مؤجلا، و قد اتفقا عليه. و أما التصحيح على النحو الوارد فى كلماتهم فلم يتفقا عليه.

٢- حمل كلامهم على صورة تلف المبيع فيكون دفع الأقل من باب الغرامة، فيكون دفع الأقل منزلا على الغالب من كون الثمن المعين نقدا هو مقدار قيمة المبيع.

يلاحظ عليه: أنه لا ينطبق إلاً على عبارة الاسكافى، أضف إليه، ما هو الوجه لتأخير القيامة إلى أبعد الأجلين.

و الأولى حمل ما ذكره تفسيراً للروايتين و أنّ الحكم ثبت تعديداً لعدم تعلق الرضا على الثمن الأقل، على أبعد الأجلين لكونه على خلاف القاعدة و لأجل ذلك يقتصر على مورد النص و هو كون الأقل و الأكثر ثمينين، واحد منهما معجل و الآخر مؤجل و إن تردّد الشيخ فى نهوضها لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل.

ثمّ إنّ الوارد فى بعض الكلمات قوله «فإن أمضى البيعان ذلك...» فهل هو إشارة إلى الامضاء الابتدائي، أو الامضاء بعد العلم بالبطان. كل محتمل، و على كلا الاحتمالين تكون النتيجة مخالفة لما أمضاه.

ثمّ إنّ المعتمد هو الصحيحه و الموثقة الحاكيان قضاء على - عليه السلام - فهل يمكن الاعتماد عليهما فى اثبات الحكم المخالف للقواعد أو أنّ ما جاء فى قضاء

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦٢

الإمام كان قضية فى واقعه، كما هو الحال فى أكثر أقضيته من حصول العلم للإمام برضا الطرفين بما حكم.

و على كلّ تقدير فالإفتاء بالصحة و لزوم العقد مشكل جدا و البطان لا يخلو عن قوة، و لأجل ذلك يقول السيد الاصفهاني بالبطان فى المسألة و ما إذا باعه بثمن إلى أجل و بأزيد منه إلى أجل «١».

المسألة الخامسة: فى حكم الثمن المؤجل:

إنّ فائدة تأجيل الثمن هو عدم وجوب دفعه قبل حلول أجله، فليس للبائع طلبه، و لا على المشتري دفعه إنّما الكلام فى موردين:

الأول: إذا تبرّع بدفعه فهل يجب على البائع قبوله أو لا؟ وجهان:

١- يجب قبوله لأنّ الأجل حقّ مختصّ بالمشتري و أنّ المؤجل كالواجب الموسع يجوز فيه التأخير و لا يجب.

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره هو الغالب و ليس أمراً كلياً و إلّا فربّما يكون الاشتراط من الطرفين أو من جانب البائع فقط ليحتفظ بماله فى ذمته إلى أجل معيّن، فعندئذ لا يجب عليه القبول و منه يظهر ما فى الوجه الثانى فى كلامه من تشبيهه بالواجب الموسع، فإنّه يتمّ على الفرض الأوّل، لا مطلقاً.

٢- لا يجب و يظهر وجهه ممّا ذكرناه و أمّا الاستدلال عليه بأنّ التعجيل كالتبرّع بالزيادة فلا يكلف تقبيل المنة غير تام، بل ربّما ينقلب الأمر فيكون القبول منة على المشتري كالتبرّع منه فى أيام الفتنة التى يخاف الناس على أموالهم.

(١) - وسيلة النجاة: ٣٥ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦٣

فالتنتيجة هو التفصيل بين كونه حقّاً مختصّاً بالمشتري، فيجب القبول دون ما إذا كان حقّاً مشتركاً أو حقّاً مختصّاً بالبائع، فعندئذ يكون البائع مختيراً بين القبول و الرد.

ثمّ إنّ سيدنا الأستاذ اختار ثانى الوجهين بيان سيوافيك فى البحث التالى:

الثانى: إذا أسقط المشتري التأجيل فهل يصير الدين حالاً، و يترتب عليه جواز المطالبة للبائع، أو لا؟ ذهب العلامة و المحقق الثانى و الشيخ الأعظم و السيد الأستاذ إلى الثانى و إليك تحليل أدلتهم:

١- قال العلامة: لو كان عليه دين مؤجل فأسقط المديون الأجل، لم يسقط و ليس للمستحق مطالبته فى الحال لأنّ الأجل صفة تابعة، و الصفة التابعة لا تفرد بالاسقاط و لهذا لو أسقط مستحقّ الحنطة و الدنانير، الصحة و الجودة، لم يسقط، و للشافعى وجهان.

و أوضحه السيد الأستاذ بأنّ الأجل صفة للثمن فوق البيع بعشرة مؤجلة نظير توصيف الفرس بالعربية كما لو باع فرساً عربياً مثلاً بكذا، فيكون تابعا ثبوتاً و سقوطاً غير قابل للانحلال إلى أمرين «١»:

يلاحظ على الاستدلال بأن الملاك لجواز الاسقاط - بعد كونه قابلا للاسقاط في حد نفسه بأن لم يكن حكما شرعيا - هو عدم تطرق الخلل إلى أركان العقد، بأن يعد العقد قبله و بعده عقدين متباينين كالاختلاف في المبيع و الثمن. و أميا غير ذلك فالكل قابل للاسقاط سواء كان تابعا أو متبوعا. و بعبارة أخرى كلما كان متضمنا للكلفة الزائدة، فهو قابل للرفع بحديث الرفع، في باب البراءة، و قابل للاسقاط في المقام، فللمشتري إسقاط وصف الجودة و الصحة، و العربية و الرضا

(١) - المتاجر قسم الخيارات ٥ / ٣٤٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٦٤

بالفاقد منه، لعدم تطرق الخلل إلى أركان العقد حتى يقال إن العقد قبل الاسقاط و بعده متباينان، ذاتا و أساسا، و إن الرضا بالفاقد، رضا بمعاملة جديدة لم تنشأ.

٢- ما ذكره المحقق الثاني: إن التأجيل ثبت في العقد اللازم فلا يسقط و لأن في الأجل حقا لصاحب الدين و لذا لم يجب عليه القبول قبل الأجل، نعم لو تقايلا في الأجل يصح و لو نذر التأجيل فإنه يلزم و لا يسقط بالتقاييل لأنه في العقود لا في النذور. يلاحظ عليه: بأن الميزان في صحة الإسقاط و عدمه كونه حقا أو حكما، سواء كان في العقد اللازم أو الجائز و ما ذكر ثانيا من أن في الأجل حقا لصاحب الدين، غير مضر، لأن الكلام فيما كان حقا مختصا بالمشتري و أما المشترك أو المختص بالبائع فلا يجب القبول و إن أسقطه المشتري.

٣- ما ذكره الشيخ الأعظم: إن مرجع التأجيل في العقد اللازم إلى اسقاط حق المطالبة في الأجل فلا يعود الحق باسقاط التأجيل، و الشرط القابل للاسقاط ما تضمن اثبات حق قابل لاسقاطه بعد جعله، ألا ترى أنه لو شرط في العقد التبري من عيوب لم يسقط هذا الشرط باسقاطه بعد العقد، و لم تعد العيوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط.

يلاحظ عليه: أن حقيقة التأجيل ليس إلا أحداث حق للمشتري فله إسقاطه، و ليس مرجعه إلى اسقاط جواز المطالبة من جانب البائع و ذلك، لأن جوازها من أحكام الملك و السلطنة فلا يصح اسقاطه بحال.

و بعبارة أخرى: إن حق البائع باق بحاله، غير أن الاشتراط صار مانعا عن تأثيره فإذا ارتفع المانع، كان المقتضى مؤثرا.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٦٥

أضف إلى ذلك: أن لازم ما ذكره، عدم صحة الاقالة من الطرفين بالنسبة إلى الشرط.

٤- ما ذكره السيد الأستاذ - قدس سره - من أن النسيئة ليس بيعا متضمنا لشرط التأجيل و لا تقييدا لإطلاق سلطنة البائع على المطالبة متى شاء، و لا قيادا للثمن بأن يكون المملوك الثمن المؤجل، أو الثمن رأس الأجل، و ليست واحدا من هذه الاحتمالات الثلاثة بل هي بمعنى تقييد نفس القرار المعاملي فالبيع نسيئة صنف من البيع مقابل النقد لا أنهما شرطان أو قيذان في الثمن.

و على ما ذكرنا من أنها قرار خاص، لا قرار و شرط، فلا يصح إسقاط التأجيل لأنه ليس حقا حتى يصح إسقاطه، و لا شرطا حتى يصح الاعراض عنه بل هي قرار خاص يصح التقاييل في أصلها لا - في خصوصياتها، و حديث الانحلال في بعض المعاملات مخصوص بموارد يوافق فيها العرف عليه فالبيع النقدي لا ينحل إلى بيع و كونه نقدا و كذا النسيئة «١».

يلاحظ عليه: أن العقد و إن كان يوصف بالنقد و النسيئة، لكنه توصيف له بحال متعلقه، و بما أنهما في الحقيقة وصفان للثمن فالمشتري تارة ينقد الثمن و أخرى ينسئه و يؤخره، و الاختلاف في الحقيقة في أوصاف الثمن، و هو لا يجعلهما عقدين متباينين و إلا يكون المشروط مع المطلق متباينين.

و إن شئت قلت: إن المرجع في تمييز المتباينين عن المطلق و المقيد، أو المطلق و المشروط هو العرف و هو لا يرى البيع النقدي و غير النقدي، متباينين و لأجل ذلك لو تعاقدا نسيئة لكن نقد المشتري الثمن في المجلس مطلقا أو في مقابل اسقاط جزء من الثمن، لا

يكون وفاء بالمبائن، فالأقوى أن الاسقاط يجعله حالاً.

(١) - المتاجر: قسم الخيارات: ٣٤٣ / ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦٦

المسألة السادسة: فيما إذا كان الثمن حالاً أو صار حالاً:

إذا كان الثمن أو الدين حالاً أو حلّ فهو موضوع لعدة أحكام:

١- إذا دفعه المديون وجب على الدائن القبول.

ويمكن الاستدلال عليه بقاعدة «الناس مسلطون على أنفسهم» فهي وإن لم تكن منصوطة بلفظها لكنّها قاعدة عقلائية غير مردوعة، أو هي مستفادة من فحوى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم» «فهم أولى على أنفسهم» بمعنى أنه لا حقّ للدائن على ذمة المديون فى حفظ ماله فى ذمته بعد حلول أجله و بعد كون المؤدى موافقاً لحقّه من حيث القدر و الوصف و الجنس، و كون الزمان و المكان مناسبين عند العقلاء، لاداء الدين، نعم لو أذاه و هو مشغول بالفريضة، أو فى مفازة أو غير ذلك، ممّا يستنكره العقلاء فلا.

هذا كلّه إذا قلنا بشرطية القبض و أمّا إذا قلنا بكفاية التخليه بينه و بين دينه فيكفى الطرح عنده، سواء قبضه أو لا، بل يكفى دسه بين أمواله، و لعلّ العرف و العقلاء لا يساعد الأخير إلّا إذا كان هناك امتناع، مع اجتماع الشرائط المذكورة للقبض، و على ذلك فلو امتنع بلا عذر مسموع، تكفى التخليه أو الدس بين أمواله و يستشهد على ذلك، لئلا يحكم عليه بعدم الأداء فى مقام إقامة الدعوى. و لو قلنا بكفايته، لا يبقى مجال للبحث عن صور امتناع القبض، نعم لو قلنا بلزوم القبض و عدم كفاية الطرح من الدين يأتى البحث عن الصور الآتية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٦٧

٢- إذا امتنع عن القبض فهل له إكراهه على القبول؟ الظاهر لا، لأنّ الإكراه من شئون الحكومه و الولاية، نعم لو ألزمه على القبض و حصل و كان الدين كلياً سقط الدين، لأنّ الموضوع للبراءة هو القبض الأعم من الاختيارى. فإن قلت: إذا كان القبض عن إكراه لا يترتب عليه الأثر لحديث الرفع.

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار فى أحكام الخيار؛ ص: ٦٦٧

قلت: إنّما ذلك إذ لم يكن الإكراه عن حقّ، و إلّا فلا يشمل حديث الرفع لأنّه حديث امتنان، يختص بمورده.

٣- و إذا امتنع عن القبض و لم يلزمه المديون، فعليه أن يرفع الشكوى إلى الحاكم و يجب عليه ولاية دفع الضرر عنه، و هو يختلف حسب اختلاف الظروف فربّما تقتضى المصلحة أن يلزمه بالقبض، و أخرى أن يتصدّى بنفسه للقبض، و ثالثه يأمره بالايذاء فى صندوق الأمانات العامّة المعينه من جانب الحكومه.

نعم ذهب الشيخ و غيره إلى تعيين إلزامه بالقبض قبل تصدّيه بنفسه مستدلاً بأنّ امتناعه أسقط اعتبار رضاه فى القبض الذى يتوقّف ملكه عليه، لا أصل القبض الممكن تحقّقه منه كرها، و جعل السيد الطباطبائى الترتيب مفاد قاعدة «لا ضرر» و قال: إنّ الدليل على كلّ من الأحكام الثلاثة مذكورة على الترتيب: ١- وجوب الاجبار. ٢- قبض الحاكم. ٣- العزل. (الذى سيوافيك بيانه) هو قاعدة الضرر و أنّ مفادها يختلف حسب المقامات و فى صورة إمكان الاجبار يتعيّن كون الساقط هو اشتراط القبض بالرضا، لا- أصل القبض لأنّ

الموجب للضرر هو شرطية الرضا، لا أصل القبض، و في صورته عدم إمكان ذلك، يتعين كون الساقط اعتبار مباشرته للقبض و لازمه كفاية قبض وليه و هو الحاكم، و في صورة عدم إمكان ذلك أيضا يتعين كون الساقط أصل اعتبار القبض فيكتفى بمجرد العزل، و السر فيما ذكرنا هو أن الضرر نظير الضرورات التي تتقدّر المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٦٨

بقدرها و مثلها في ذلك قاعدة الحرج، ثم استشهد برواية عبد الأعلى آل مولى سام، في لزوم المسح على المرارة (١). و هو بهذا البيان أثبت أن كلاً من الأمور الثلاثة: إكراه الحاكم، توليه القبض عند عدم إمكان الإكراه، ثم عزل المديون، مطابق للقاعدة و مستفاد من «لا ضرر».

يلاحظ عليه: بعد الغضّ عما ذكرنا- من عدم وصول النوبة إلى طرح الشكوى عند الحاكم إلّا نادراً- أنه إذا رفع الشكوى، لا يتعين للحاكم إلزامه بالقبض، بل إذا اقتضت المصلحة، ربّما يقدّم تصديقه للقبض على الإلزام، و «السلطان وليّ الممتنع» و الولي يعمل حسب اقتضاء المصلحة، فلو اقتضت تقديم التصدي للقبض على الإكراه عليه، يقدّم. و ما ذكره من استفادة الترتيب من قاعدة «لا ضرر» إنّما هو في مورد عدم دليل حاكم على رعاية الترتيب و هو اطلاق معقد الدليل، فاطلاق دليل الولاية هو المحكم، لا قاعدة «لا ضرر».

٤- و إذا لم يمكن إلزام الحاكم و لا تصديقه للقبض فهل يكفي قبض عدول المؤمنين؟ التحقيق لا، لعدم ثبوت الولاية لهم، بل طريق براءة ذمّة المديون عند الشيخ الأعظم أن يعزل حقه و يجعله أمانة عنده، فإن تلف فعلى ذى الحق لأن هذه فائدة العزل و ثمره الغاء قبض ذى الحق، و لكن لا يخرج عن ملك مالكة لعدم الدليل على ذلك فإنّ اشتراط القبض عند التمليك لا يسقط بأدلة نفى الضرر، و إنّما يسقط بها ما يوجب الضرر و هو الضمان، و حينئذ فناء المعزول للمديون و قاعدة الخراج بالضمان غير جارية هنا.

(١)- تعليقه السيد الطباطبائي: ٢ / ١٨٠.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٦٩

و لما كان الجمع بين بقاء ملكية الدافع، و كون التلف من ذى الحق، أمراً غريباً، لأنّ الحق المملوك لصاحب الدين إن تشخّص في المعزول كان ملكاً له، و إن بقي في ذمّة الدافع لم يكن تلف المعزول منه، أجب عن الاشكال بأنّ الحق قد سقط من الذمّة و لم يتشخّص بالمعزول، و إنّما تعلق به كتعلق حقّ المجنّى عليه بقربه العبد الجاني فبتلفه يتلف الحقّ و مع بقائه لا يتعين الحق فيه، فضلاً عن أنّ تشخّص به و يمكن أن يقدر آناً ما قبل التلف كون التلف في ملك صاحب الدين.

يلاحظ عليه: أولاً: أنّ تضمين الغير (الدائن) مال المديون بمعنى كون التلف منه- كما هو المفروض- مع كونه تحت يده، من دون أن يكون هناك سبب للضمان من عقد أو اتلاف، مباشرة أو تسبباً، أمر غريب لا يصار إليه بلا دليل و المفروض أنّ المال للمديون و تحت يده، و لكن الضمان على الدائن من دون أن يكون له سبب من عقد أو اتلاف.

و ثانياً: أنّ ما أجب به عن الاشكال من كونه ملكاً للمديون إلى حين التلف و انتقاله إلى الدائن قبل التلف آناً ما، ليس سالماً عن الغرابة مثل المبني.

و يتلوه في الغرابة ما ذكره أيضاً من جواز تصرفه في المعزول فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه و ذلك لأنّ لازم تعلق حقّ الغير به عدم جواز تصرفه، و دعوى أنّ ذلك التصرف لا ينافي حقّ الدائن لانتقاله إلى الذمّة، لا تصحّح جواز التصرف، و إلّا جاز للراهن التصرف في العين المرهونة بتيه جعل بدل لها بعد الانتقال إلى الذمّة.

فالأولى في هذه الصورة- عدم وجود حاكم مبسوط اليد- الصبر حتى يحصل له الفرج بالطرق المذكورة المتقدمة، و ليس ذلك إلّا من آثار عدم وجود

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٧٠

الحاكم الذى بيده حلّ تلك العقد و المعضلات.

و أما حكم الفرعين اللذين نقلهما الشيخ فى المقام، فتظهر الحال فيهما ممّا ذكرناه فى قاعدة «لا ضرر» و إليك الفرعين:

١- إذا أجبته الظالم على دفع نصيب شريكه فى مال على جهة الاشاعة بحيث يتعين المدفوع للشريك و لا يتلف منهما.

٢- لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصيب الشريك.

و من أراد التحقيق فليرجع إلى ما حررناه حول قاعدة «لا ضرر» فى ذلك المضمار.

المسألة السابعة: فى تأجيل الثمن الحال بأزيد منه:

لا شكّ فى جواز نقص المؤجل بالتعجيل، أو تأخير أجل البعض بنقد البعض. و تدلّ على كلا الحكامين صحیحته محمد بن مسلم و الحلبي عن أبى عبد الله - عليه السلام - أنّهما قالوا فى الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذنى من الذى لى كذا أو كذا، و أضع لك بقيته، أو يقول: أنقذ لى بعضا و أمّد لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال: لا أرى به بأسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا، يقول الله: فَلكُمْ رُؤُسُ أموالِكُمْ لا تَظلمُونَ و لا تُظلمُونَ «١».

و تدلّ على خصوص الحكم الثانى مرسله أبان عمّن حدّثه عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيقول له قبل أن يحل

(١) - الوسائل: ج ١٣، الباب ٧ من أبواب أحكام الصلح، الحديث ١. و الآية فى سورة البقرة: ٢٧٩.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧١

الأجل: عجل لى النصف من حقّى على أن أضع عنك النصف، أ يحلّ ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم «١».

إنّما الكلام فى تأجيل الثمن الحال أو مطلق الدين بأزيد منه. قال المحدث البحرانى: لا يجوز تأخير ثمن المبيع و لا شىء من الحقوق

المالية بزيادة فيها، و عليه ظاهر اتفاق الأصحاب - رضوان الله عليهم - و به استفاضت الأخبار:

كأن يكون له فى ذمته مائة درهم حالاً و يزيد تأجيلها إلى سنة بزيادة عشرين درهما «٢».

لا شكّ أنّه من مصاديق الربا لأنّ العرف لا يفزقون بين الزيادة سواء تراضيا عليها فى أوّل الأمر كأن يقرضه عشرة دنانير بأحد عشر إلى

شهر، و بين أن يتراضيا بعد الشهر على التأخير شهرا آخر بزيادة دينار واحد. و الصورة المتصوّرة عبارة:

١- جعل الزائد فى مقابل الأجل و هذا هو الرائج بعنوان الشرط الابتدائى.

٢- بيع دينه الحال بأزيد مؤجلا. و هو إما ربا حقيقة أو مشتمل على مناطه.

٣- جعل الزائد بالمقاوله أو المصالحة و ترتيب الأثر عليهما.

٤- جعله بالشرط فى ضمن معاملة أخرى كما إذا اشترى شيئا بالثمن الزائد باشرط تأخير الدين عليه فى ضمن تلك المعاوضة، و إن

ذهب الشيخ الأعظم إلى جواز القسم الأخير كما سيوافيك.

و الدليل المهم هو صدق الربا على هذه الأقسام عرفا و ملاكا.

(١) - الوسائل: ج ١٣، كتاب الصلح، الباب ٧، الحديث ٢.

(٢) - الحدائق الناضرة: ١٩ / ١٣٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٢

استدلّ الشيخ على التحريم بوجوه:

الأول: ما نقله الطبرسى فى تفسير قوله سبحانه: **قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا** «١» عن ابن عباس: كان الرجل منهم إذا حلّ دينه على غريمه فطالبه به، قال المطلوب منه، له: زدنى فى الأجل و أزيدك فى المال فيتراضيان عليه و يعملان به، فإذا قيل لهم هذا ربا، قالوا: هما سواء. يعنون بذلك أن الزيادة فى الثمن حال البيع و الزيادة فيه بسبب الأجل عند حلول الدين سواء. فذمهم الله به «٢».

الثانى: ما تقدم من صحيح محمد بن مسلم، حيث علل جواز التراضى على تأخير أجل البعض بنقد البعض، بعدم الازدياد على رأس ماله فيدل على أنه لو صار الإمهال سببا لزيادة رأس ماله، لم يجز التراضى على التأخير و كان ربا.

الثالث: الروايات الواردة حول الحيل الشرعية التى دلت على أنه يجوز بيع المال المقوم بألف درهم على عشرة آلاف درهم مع اشتراط تأخير الدين، و قد نقلها الشيخ الحرّ فى الوسائل، منها رواية إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبى الحسن - عليه السلام -: يكون لى على الرجل دراهم فيقول: أخرنى بها و أنا أربحك فأبيعه جبة تقوم على ألف درهم بعشرة آلاف درهم - أو قال: بعشرين ألفا - و أخره بالمال؟

قال: لا بأس «٣». وجه الدلالة لو جاز تأخير الدين بزيادة ابتداء لما التجأ إلى اشتراط التأخر فى ضمن معاملة. و قد عمل بهذا النوع من الروايات ليفى من

(١) - البقرة: ٢٧٥.

(٢) - مجمع البيان: ٣٨٩ / ١ ط صيدا، و رواه السيوطى فى الدر المنثور: ١٠٥ / ٢، ط دار الفكر، عن سعيد بن جبير.

(٣) - الوسائل ج ١٢، الباب ٩ من أحكام العقود، الحديث ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٣

الفقهاء قائلين بأن المعاملة تكون عندئذ جدية لأنّ الجبة مع الشرط تساوى عشرة آلاف درهم فلا يؤخذ عليها بعدم الجدة. لكن الاشكال فى موضع آخر و هو أنّ تشريع هذه الطرق من الشارع المحرّم للربا يناقض هدفه و يورد الناس فى مفسدة الربا فلا فرق بين أن يزيد فى الدين الحال و يؤخره، و بين أن يزيد عليه فى ضمن معاملة لا يقصد منها إلا هذا النوع من الغرض الفاسد. و الذى يسيئ الظن بعدم صدور هذه الروايات من أئمة أهل البيت أنّه قد جاء فى بعضها: أنّ الإمام الباقر - عليه السلام - توصل به و أمر ابنه الصادق - عليه السلام - بها، روى مسعدة بن صدقة عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينه عينها إياه، فلما حلّ عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقبل عليه و يربح أ يبيعه لؤلؤا أو غير ذلك ما يسوى مائة درهم بألف درهم و يؤخر؟ قال: لا بأس بذلك، قد فعل ذلك أبى - رضى الله عنه - و أمرنى أن أفعل ذلك فى شىء كان عليه. و هذه الروايات بما أنّها مخالفة للكتاب و السنّة، و استحلال للحرام بصورة خادعة لا يعمل بها و يسقط الاستدلال بها على المورد. و أقصى ما يمكن هو ردّ علمها إلى صاحبها لو لم نقل إنّها مدسوسة مكذوبة على لسان أئمة أهل البيت.

المسألة الثامنة: فى بيع المبتاع بالثمن المؤجل من البائع:

إشارة

إذا ابتاع عينا شخصية بثمان مؤجل هل يجوز بيعه من بئعه أو غيره أو لا؟

و إليك صور المسألة:

يكون البيع تارة قبل حلول الأجل و أخرى بعده، و على صورتين فتارة يبيع

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٤

بجنس الثمن و أخرى غيره، و على الفروض الأربعة يكون الثمن تارة مساويا أو زائدا أو ناقصا، و على الصور الاثني عشر تارة بيع حالاً و أخرى مؤجلا، و هذه أربعة و عشرين صورة و لو أضفنا إليه اختلاف المشتري و أنه يباع تارة من البائع الأول و أخرى من غيره تنتهى الصور إلى ثمانية و أربعين صورة و المهم هو البيع من البائع لا من الأجنبى.

و أما الأقوال:

١- الجواز مطلقا

و وصفه فى الجواهر بقوله: «بلا- خلاف أجده فيه» كما اعترف به فى الرياض و المحكى عن مجمع البرهان، بل فى الأخير كان دليله الاجماع «١».

٢- الجواز بشرط المساواة فى الثمن إذا باعه من البائع دون غيره،

نسب إلى عبارة الشيخ فى النهاية «٢» و لعل عبارتها ناظرة إلى الإقالة لا البيع، و المساواة شرط فى الأولى دون الثانى.

٣- عدم جواز البيع إلا إذا حلّ الأجل

و هو خيرة سلار فى المراسم «٣».

٤- الجواز فى غير الطعام مطلقا

و أما فيه، فيجوز مع المساواة، قال فى الخلاف: إذا باع طعاما فبيضا بعشرة دراهم مؤجلا، فلما حلّ الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلك إذا أخذ مثله فإن زاد عليه لم يجز «٤».

(١)- الجواهر: ٢٣ / ١٠٨.

(٢)- النهاية: ٣٨٨.

(٣)- المراسم: ١٧٤.

(٤)- فلو كان الطعام المأخوذ نفس المبيع سابقا كان داخلا فى المسألة و إلا كان داخلا فى معاوضة المتجانسين مع زيادة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٥

و قال الشافعى: يجوز على القول المشهور، و لم يفصل، و به قال بعض أصحابنا.

و قال مالك: لا يجوز، و لم يفصل.

دليلنا: اجماع الفرقة و اخبارهم، و لأن ذلك يؤدى إلى بيع طعام بطعام فالتفاضل فيه لا يجوز.

و القول الآخر لأصحابنا قوى، لأنه بيع طعام بدراهم فى القفيزين معا، لا بيع طعام بطعام فلا يحتاج إلى اعتبار المثلية «١».

و أضيف أن ما قواه من الجواز مطلقا هو الذى منعه فى المبسوط و قال:

لا يجوز بيعه، و تبعه ابن البراج و قال: إذا باع طعاما بخمسة دراهم مؤجلا، و حلّ الأجل فأخذ بها طعاما مثل ما أعطاه كان جائزا، و إن

أخذ أكثر لم يجز «٢».

هذه هي الأقوال، لنذكر أدلة القول الأول.

[أدلة القول الأول]

يمكن الاستدلال على الصحة مطلقا مضافا إلى العمومات و الاطلاقات الواردة فى الكتاب و السنة، بروايات خاصة:

١- صحيحة بشار بن يسار قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع المتاع بنسب فيشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت: أشتري متاعى؟ فقال: ليس هو متاعك و لا بقرک

(١)- الخلاف: ١٠١ / ٣ كتاب البيوع المسألة ١٦٦.

(٢)- القاضى ابن البراج: المهذب: ٣٩١ / ١، لاحظ المختلف كتاب التجارة / ١١٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٦

و لا غنمك «١».

و اطلاق الرواية يشمل جميع الصور و الرواية صحيحة، و محمد بن إسماعيل، الوارد فى السند هو ابن بزيع، بقرينة رواية محمد بن الحسين عنه، و روايته عن منصور بن يونس «٢».

٢- و صحيحة منصور بن حازم قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام - : رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب، يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التى لك عندي، فرضى؟ قال: لا بأس بذلك «٣».

و الاستدلال مبنى على كون الغنم المباع ثانيا، نفس الغنم المباع سابقا.

و الجارّ فى قوله «من ثمن غنم اشتراها» بيانية أى من جانب غنم اشتراها، و اطلاق الرواية يشمل جميع الصور.

٣- خبر الحسين بن المنذر قال: قلت لأبى عبد الله - عليه السلام - : يجيئنى الرجل فيطلب العينه، فأشترى له المتاع مرابحة ثم أبيعته إياه ثم أشتريه منه مكاني؟ قال: إذا كان بالخيار، إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار، إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتت فلا بأس، فقلت: إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، و يقولون: إن جاء به بعد أشهر صلح؟ قال: إنما هذا

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العقود، الحديث ٣.

(٢)- لاحظ تنقيح المقال: ٨٢ / ٣.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أحكام العقود، الحديث ١، و سند الصدوق إلى منصور بن حازم صحيح تفرد به العلامة و لكن رواه الشيخ عن الحسين بن سعيد و سنده إليه صحيح.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٧

تقديم و تأخير فلا بأس «١».

و رواية قرب الإسناد عن موسى بن جعفر - عليه السلام - قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم ثم اشتراه بخمسة دراهم أيجل؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس.

و رواه على بن جعفر فى كتابه أنه قال: «بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد» «٢».

و اطلاق الروايتين يعم جميع الصور لو لا أن الأخير صريح فى الاشتراء بالنقصان، و هذه الروايات مضافا إلى الاطلاقات و العمومات،

كافية فى اثبات القول المشهور.

و أما الاقوال الأخرى فقد نسب إلى عبارة الشيخ فى النهاية أنه منع عن البيع بنقصان إذا حلّ الأجل، و قد عرفت عدم ظهوره فى البيع بل من المحتمل أنه ناظر إلى الإقالة أولاً، و رواية ابن حازم واردة فى ما إذا حلّ الأجل و هو الذى منعه الشيخ حسب عبارة النهاية، ثانياً.

و أما ما نسب إلى سلالر من عدم الجواز حتى يحل، فهو محجوج بصحيفة بشار بن يسار و رواية الحسين بن المنذر، فقد وردتا فى المؤجل الذى لم يحلّ أجله خصوصاً الثانية، فإنّ قوله: «ثمّ أشتريه فى مكانى» ظاهر فى الاشتراء بعد البيع الأوّل بلا فصل.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ و رجال السنن موثّقون، غير الحسين بن المنذر، و الحديث ٦، و ربّما يستدل على الحكم بخبر يعقوب بن شعيب (و هو لم يوثّق) و لكن الشيخ الأعظم تأمّل فى دلالته لعدم القرينة على وحدة المباعين. فلاحظ الوسائل الجزء ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤ و رجال السنن موثّقون، غير الحسين بن المنذر، و الحديث ٦، و ربّما يستدل على الحكم بخبر يعقوب بن شعيب (و هو لم يوثّق) و لكن الشيخ الأعظم تأمّل فى دلالته لعدم القرينة على وحدة المباعين. فلاحظ الوسائل الجزء ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٨

بقيت هنا روايات ربّما يتخيل كونها دالّة على فتوى الشيخ فى الخلاف و هى:

١- رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمّى فلما حلّ الأجل أخذته بدراهمى، فقال:

ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى؟ فقال - عليه السلام -: لا تشتريه منه فإنّه لا خير فيه «١».

يلاحظ عليه: أنّه لا دلالة لها على مطلوب الشيخ أما أولاً: فلأنّه ليس فيها شعار بوحدة الطعامين أى كون المشتري نفس المباع أولاً لو لم نقل بتعددهما لتكرهما و الأخذ بإطلاقه، خلاف الاجماع إذ لم يقل أحد: أنّه إذا باع رجل من آخر طعاماً مؤجلاً ليس له أن يشتري بدراهمه طعاماً آخر و لو من جنسه.

و أما ثانياً: فلأنّ ظاهرها المنع مطلقاً من غير فرق بين صورة المساواة و غيرها، و الشيخ خصّ المنع بغير صورة المساواة و لا محيص من حمل النهى على الكراهة، لأنّه أشبه بمبادلة طعام بطعام و ربّما يزيد و ينقص.

٢- رواية عبد الصمد بن بشير: سأله محمد بن القاسم الحنط فقال:

أصلحك الله أبيع الطعام من الرجل إلى أجل فأجىء به و قد تغير الطعام من سعره، فيقول: ليس عندى دراهم؟ قال: خذ منه بسعر يومه، قال: أفهم أصلحك الله إنّه طعامى الذى اشتراه منى، قال: لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك، قال: أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على «٢».

أما فقه الحديث فنقول: إنّ المراد من «التغير» هو ارتفاع قيمة الطعام عن السعر الذى اشتري به.

(١)- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣ و ٥.

(٢)- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ٣ و ٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٧٩

و لما عرض المشتري على البائع أن يأخذ بدل دراهمه طعاماً، أراد أن يأخذ بسعر اليوم الذى باعه منه فنهاه الإمام عنه و أمره بأن يأخذ

منه بسعر يومه، و لمّا عاد الراوى إلى الإمام و احتجّ عليه بأنّه يشتري نفس طعامه الذى باعه منه - أمس مثلاً - (فكيف لا يجوز أن يشتري منه بسعر اليوم الذى باعه منه)؟ نهاه الإمام أيضاً و أمره بالصبر إلى أن يبيع طعامه من الغير حتى يؤدّى دينه منه، و قال: «لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك».

و مع أنّ نهى الإمام «لا تأخذ» كان نهياً عن الاشتراء بالسعر السابق، لا بسعر يومه الحاضر، و لكن فهم الراوى أنّ الإمام نهاه عن الاشتراء مطلقاً أى بكلا السعيرين، قال: «أرغم الله أنفى، رخص لى (الشراء بسعر يومه) فرددت عليه فشدد علىّ» (و نهى عن مطلق الشراء) «١». إذا عرفت هذا تقف على أنّ الحديث على خلاف مطلوب الشيخ أدلّ حيث جوّز الشراء بسعر يومه، و بعبارة أخرى: الحديث نصّ فى وحدة المبيعين و جوّز الشراء بسعر يومه و ربّما يكون أنقص ممّا اشترى به أو أزيد، كما هو المفروض فى الرواية.

٣- رواية على بن جعفر: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: «إذا قومه دراهم فسد، لأنّ الأصل الذى يشتري «٢» به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم» «٣». و ليس فى الرواية أنّ الرجل الذى فى عهده تمر أو شعير أو حنطة،

(١)- لاحظ تعليقه الشهيدى / ٦٠٧.

(٢)- و فى بعض النسخ «اشترى به» و هو أجود.

(٣)- الوسائل: الجزء ١٣، الباب ١١، من أبواب السلف الحديث ١٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨٠

اشتراها من آخر، غير من يريد أن يشتري منه بل الظاهر منها وحدتهما فيرجع إلى هذه الصورة قد تقتضى المنع مطلقاً من غير فرق بين صورتى الزيادة و النقيصة و غيرهما. و هو ما لم يقل به أحد حتى الشيخ.

و بالجملة: هذه الروايات لا تصلح سنداً فى مقابل العمومات و الاطلاقات و الروايات الخاصّة.

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم صار بصدّد تصحيح ما أفاده الشيخ الطوسى فى النهاية و الخلاف بضابطة مستخرجه من حرمة البيع بالتفاضل، من رواية على بن جعفر التى تعرّف عليها و حاصله: أنّه لا يجوز أن يبيع ما اشتراه من البائع متفاضلاً إذا كان الثمن من جنس واحد، و إنّّه كما يحرم التفاضل فى الجنس الربوى كالدراهم، كذلك يحرم فى عوضه كالطعام و أنّ حكم العوض حكم ذلك الجنس.

ثمّ أتى بمثالين أحدهما راجع إلى بيع السلف، و الآخر إلى بيع النسيئة، فى الأوّل: لا يجوز للمشتري أن يأخذ إلّا مثل الثمن الذى دفعه إلى البائع، و فى الثانى:

لا يجوز للبائع أن يأخذ إلّا مثل الطعام «١» الذى دفعه إلى المشتري، فالتفاضل فى جانب الدرهم، فى المثال الأوّل، و فى جانب الطعام فى المثال الثانى غير جائز لكونه بحكم الربا.

كل ذلك استناداً إلى رواية على بن جعفر قال: سألته عن رجل له على آخر تمر أو شعير أو حنطة، أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قومه دراهم فسد، لأنّ الأصل

(١)- و تعبير الشيخ يوهّم الفرق بين المثالين و أنّ الممنوع فى الأوّل هو التفاضل لا مطلقاً، و لكن الممنوع فى الثانى هو مطلق المبادلة و لو كانا مساويين، و لعلّه تبعاً لرواية على بن جعفر الظاهرة فى النهى مطلقاً لكن ذيله صريح فى خصوص التفاضل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨١

الذى يشتري به دراهم فلا يصلح دراهم بدراهم «١». و ربّما كان فيه زيادة أو نقصان و ذلك ربا.

و الرواية واردة فى مورد السلف، و الذيل صريح فى النهى عن التفاضل، لا مطلقاً فإذا كان الحكم فى مورد السلف كذلك يكون مثله

فى مورد النسئنه الذى هو مورد البحث فلا يجوز للبائع أن يشتري بدراهمه التى على ذمة المشتري طعاما منه بالتفاضل لأنه يكون باع طعاما بطعام لبا، و إن كان الظاهر على خلافه و هو أنه باع طعاما بدراهم، ثم اشترى بها طعاما سواء كان نفس ذلك الطعام أو غيره. و بذلك يظهر عدم الفرق بين الصورة الثانية اشتراء نفس ما باعه منه أو اشتراء مجانسه منه، و لا فرق بين حلول الأجل أو بعده كما لا فرق بين النقصان و الزيادة.

و أميا تقييد التفاضل فى عبارة النهاية بالنقصان، لكونه الغالب فى أخذ الجنس مكان الدراهم التى فى ذمة صاحب الجنس بخلاف الآخر أى أخذ الدراهم مكان الطعام بالسلف، فإن الغالب فيه هو الزيادة و لأجل ذلك لم يمنع عن اشتراء المتاع الآخر فى الحال قال: «فإن أخذ فى المتاع متاعا آخر (من جنس آخر) بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس».

هذا غاية توضيح لكلام الشيخ و لعمر الحق إن الشيخ بلغ فى الدقة إلى القمة، و لو كان التعبير يرافق الدقة، لكان ممتازا فى التأليف و لكن التعبير فوق ذهن المتعلم و لأجل ذلك أوضحنا المقام - مع أنه ليس من واجب المحاضر فى المسائل الاجتهادية.

(١) - الوسائل ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨٢

المسألة التاسعة: فيما إذا اشترط الشراء فى البيع:

نسب إلى المشهور استثناء صورة اشترط فى البيع الأول، و قد استدل على البطلان بوجوه:

١- استلزامه الدور. و قرره العلامة فى التذكرة: بأن بيع المشتري المبيع من البائع الأول يتوقف على ملكية المشتري له إذ لا بيع إلا فى ملك، مع أن ملكيته متوقفة على بيعه.

و قد أجيب عنه: بأن ملكية المشتري تتوقف على الانشاء التام من الطرفين، نعم لزومه يتوقف على العمل بالشرط فلو لم يعمل بالشرط و لم يبيع كان للبائع الخيار.

و بعبارة أخرى: أن الشرط فى قوله: «بشرط أن يبيع لى ثانيا» ليس شرطا أصوليا متوقفا عليه الملكية، و إنما هو شرط فقهي أى يطلب البائع إيجاده و تحقيقه فى الخارج و فى مثله لا تتوقف الملكية على وجود الشرط.

٢- عدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه حيث لم يقطع علاقة الملك. يلاحظ عليه: أن المفروض تمشى القصد ...

٣- الاستدلال برواية الحسين بن المنذر و فيها: «إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبيع، و كنت أنت بالخيار إن شئت اشترت و إن شئت لم تشتري، فلا بأس» (١).

(١) - الوسائل ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨٣

و برواية على بن جعفر حيث جاء فيها: «إذا لم يشترط و رضيا» (١).

و قد أجيب عن الاستدلال برواية الحسين بن المنذر بوجوه:

١- بمنع دلالة البأس على المنع.

٢- تضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم اشترط المشتري ذلك على البائع.

و رد بأنه لا فرق بين اشتراطه و اشتراط البائع.

٣- بأن الظاهر صحّة الشرط و كونه ملزما و إن كان حراما، و عندئذ تكون الحرمة تكليفية لا وضيعة. و أوجب: بأنه خلاف الظاهر.

٤- ما أجاب به الشيخ بقوله: «نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية الخ».

و الجميع لا يخلو من اشكال و قد عرفت بعضه. و الأولى أن يقال: إن الاشتراط دليل على أن قصد المتبايعين في البيعين هو أكل الربا و لأجل ذلك يبيع مؤجلا، و يشتري معجلا بنقصان، و يصل إلى مأربه و مقصده، من أكل الربا، فلأجل ذلك قيد الإمام الصحّة بعدم الاشتراط. و تؤيده رواية يونس الشيباني فلاحظ «٢».

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٦.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٦.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٨٥

الفصل الرابع عشر القول في حقيقة القبض

إشارة

القول في وجوب القبض.

في وجوب تسليم المبيع مفرّغا.

إذا كان المبيع أرضا مشغولة بالزرع.

في امتناع البائع عن التسليم.

أحكام القبض:

انتقال الضمان من البائع إلى المشتري.

تلف الثمن المعين قبل القبض.

حكم ضمان العوضين في غير البيع.

تلف بعض المبيع قبل قبضه.

إذا تعيب بفعل شخص.

في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه.

في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي و عدمه.

هل المنع يشمل الثمن أو لا؟

لو دفع الدراهم إلى من له عليه طعام لاشرائه.

لو طالب المتاع في غير بلد الاستحقاق.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٨٧

القول في حقيقة القبض قد وقع القبض موضوعا لعدة من الأحكام فيجب على الفقيه تنقيح مفهومه حتى يتخذ ضابطة كلية في جميع الموارد و إليك الالمام إلى بعضها:

١- تلف المبيع قبل القبض من مال بائعه «١».

٢- إذا باع و لم يقبض المئمن و لا المئمن فالأجل بينهما ثلاثة أيام، و إلا فلا بيع بينهما «٢».

٣- النهى عن بيع ما اشتراه قبل قبضه «٣».

٤- يشترط فى صحه الصرف، التقابض فى المجلس و لو بقبض الوكيل «٤».

٥- النهى عن بيع المتاع المسلم فيه قبل قبضه «٥».

٦- شرط لزوم الوقف قبض الموقوف عليه أو وليه، فإذا مات الواقف قبل

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار و غيره.

(٢)- المصدر نفسه: الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ٣.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦ و غيره.

(٤)- المصدر نفسه: الباب ٢ من أبواب الصرف، و الوارد فيه «يدا بيد» هو عبارة أخرى عن التقابض و الباب ٥ من تلك الأبواب فقد ورد فيه قبض الوكيل.

(٥)- المصدر نفسه: ج ١٣، الباب ١٠ من أبواب السلف، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨٨

القبض بطل الوقف، و إذا وقف على ولده الصغار كان قبضه كافياً «١».

إلى غير ذلك من الموارد التى يقف عليها الفقيه فى سيره فى كتب الفقه و أبوابها.

فنقول:

أمّا القبض فى اللغة فالجوهرى فى صحاحه يفسره ب «خلاف البسط» و لعله أخذه من الذكر الحكيم، قال سبحانه: وَاللَّهُ يَقْبِضُ وَيَبْصُطُ وَإِلَيْهِ تُرْجَعُونَ (البقرة/ ٢٤٥).

و فى النهاية لابن الاثير: القبض: الأخذ بجميع الكف.

و القبضه: ما قبضت عليه من شىء يقال: أعطاه قبضه من سويق أو تمر، أى كفاً منه، قال سبحانه: بَصُرْتُ بِمَا لَمْ يَبْصُرُوا بِهِ فَقَبَضْتُ قَبْضَةً مِنْ أَثَرِ الرَّسُولِ فَنَبَذْتُهَا وَكَذَلِكَ سَوَّلْتُ لِي نَفْسِي (طه/ ٩٦) و فى اللسان «و القبضه: ما تأخذ بجميع كفاك كله».

و من المعلوم أنّ القبض بهذا المعنى غير مقصود فى جميع هذه الأبواب، فإنّ القبض باليد و إن كان هو الغالب فى باب الصرف و السلم، و لكنّه غير متحقق فى بيع المزارع و البساتين الفاقدة للباب و الجدران، و مثلهما وقف الأنهار و الآبار، و بيعهما و قد نقل الشيخ أقوال الفقهاء فى حقيقة القبض و أنهاها إلى ثمانية، و لكنّ الأولى ارجاعها إلى معنى عام موجود فى جميع الموارد و هو الاستيلاء. و إن كان مصاديقه يختلف حسب اختلاف الموارد فهو فى المكائن و المصنوعات الكبيرة بشكل، و فى المزارع و البساتين بنحو آخر، و فى المجوهرات و الذهب و الفضة بوجه

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ٤، من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات، الحديث ١ و غيره.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٨٩

ثالث، و فى الخضراوات و الفواكه بشكل رابع، فالملاك صدق الاستيلاء على المبيع أو ما يشترط فيه القبض أو التقابض، و يكفى فى قبض النقود و المصارف كالدولار و الريال الايداع فى حساب الشخص فى بنك من البنوك.

و لأجل ذلك نرى أنّ البحث فى الموارد و المصاديق غير لازم و المرجع هو العرف عند الشك.

و ما أفاده السيد الاصفهاني من أنّه لا يبعد كفاية التخليه فى مقام وجوب تسليم العوضين على المتبايعين بحيث يخرج عن ضمانه و

عدم كون تلفه منه و إن لم يكتف بذلك فى سائر المقامات التى يعتبر فيها القبض «١» إنما يتم فى مثل الحبوب و الفواكه و المنسوجات لا فى غيرها مما يتوقف على تحرير اتفاقية رسمية فى إحدى المحاضر الحكومية، فكل تلف قبل ذلك فهو من مال بائعه.

اشكالان:

١- لو كان الاستيلاء كافيا فى القبض و ترتب أثره، فلما ذا قال الإمام بلزوم الإخراج عن البيت فى رواية عقبه بن خالد حيث قال فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه قال: آتيك غدا، إن شاء الله فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: «من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته» «٢» فلو كان الاستيلاء كافيا فقد خلّى بينه و بين المتاع و لكنّه ترك المتاع عند البائع و لم يقبضه.
و لكن الاجابة واضحة، لأنّ التخليّة فى أمثال الموارد- مع كون المتاع فى بيت

(١)- وسيلة النجاة: ٣٤ / ٢.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩٠

البائع لا يحقق إلّا القدرة على الاستيلاء لا نفسه، و أمّا الاستيلاء فهو لا يتحقّق إلّا بسلب استيلاء البائع عنه، و المفروض فى الرواية عدمه و أنّ البائع لأجل كون المتاع فى بيته مسئول عليه.

٢- يظهر من الروايات الواردة فى المكيل و الموزون، أنّ الاستيلاء عليهما غير كاف فى تحقّق القبض بل لا بدّ من كيله و وزنه، و أنّ كيل البائع الأوّل و وزنه غير كاف فى البيع الثانى، بل لا بدّ للبائع الثانى من كيله و وزنه ثانياً إلّا أن يولّى المشتري الثانى، و تدلّ عليه روايات.

منها صحيحة معاوية بن وهب عن أبى عبد الله- عليه السلام:- عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلّا أن تولّيه الذى قام عليه «١».

و الجواب: أنّ المقصود هو اشتراط صحّة بيع المكيل و الموزون بالكيل و الوزن، لا أنّ القبض يتحقّق بهما، توضحها صحيحة الحلبي عن أبى عبد الله- عليه السلام- أنّه قال فى الرجل يبتاع الطعام ثمّ يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك «٢» و الرواية صريحة فى النهى عن البيع قبلهما لا أنّ القبض متوقّف عليهما، و لو كان فى بعض الروايات «٣» اشعار بالتوقّف فهى مفسّرة ببعض أخرى «٤».
و لعلّ ما ذكره الشهيد الثانى فى المقام الذى نقله الشيخ الأعظم، ألصق بالروايات فلاحظ.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١ و ٥ و المراد من الكيل و الوزن هو الثانى منهما و إلّا فالمفروض أنّ البائع الأوّل كاله أو وزنه للبائع الثانى.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١١ و ٥ و المراد من الكيل و الوزن هو الثانى منهما و إلّا فالمفروض أنّ البائع الأوّل كاله أو وزنه للبائع الثانى.

(٣)- كرواية منصور بن حازم.

(٤)- كرواية أبى بصير، و رواياتهما فى الباب ١٦ الحديث ١ و ١٢ و ١٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩١

القول في وجوب القبض

اشاره

لا شك أنه إذا تم العقد، يصير كل من المبيع و الثمن ملكا للآخر، فالعقد سبب تام لمالكيه كل لما في يد الآخر إلا ما شرط الشارع فيه القبض كالصرف و السلم، فإن القبض فيهما جزء متمم لحصول المالكيه، و لو لا القبض لما حصلت الغايه، و أما غيرهما فالانشاء القولي سبب تام للنقل و الانتقال القانونيين، فعلى ذلك فلو طلب المشتري الثمن، يحرم على الآخر امساكه لأنه إمساك لمال الغير بغير إذنه، و يجب عليه التسليم، و هذا مما لا اشكال فيه. إنما الكلام في تعيين من تجب عليه المبادرة للمساءله صورتان:

١- إذا كان كل من المتبايعين باذلا و لكن اختلفا في المبادرة بأن قال كل منهما: لا أدفع حتى أقبض.

٢- إذا كان أحدهما باذلا و الآخر غير باذل.

أما الأولى ففي من تجب عليه المبادرة أقوال:

ألف: ما ذكره الشيخ في الخلاف من أنه يجب على البائع تسليم المبيع أولا سواء كان الثمن عينا أو في الذمه، لأن الثمن إنما يستحقه البائع في مقابل المبيع،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٩٢

فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق الثمن (١).

يلاحظ عليه: أنه يمكن قلب الدليل عليه بأن يقال: إن المشتري إنما يستحق المبيع في مقابل الثمن فيجب أولا تسليم الثمن ليستحق المبيع، و لأجل وضوح الاشكال على الدليل فسّره الشيخ بانصراف العقد إلى ذلك- و قال:- و لذا يتعجبون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع.

و لكنه غير تام لاختلاف العادات باختلاف الظروف و البيئات، و ربما يتعجبون من مطالبة المبيع قبل دفع ثمنه.

ب: يجب على كل واحد منهما التسليم سواء سلم الآخر أو لا، و هو خيره المحقق الأردبيلي، و استجوده المحدث البحراني، قائلا: بأن ثبوت الانتقال بالعقد يقتضى وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر و عدم جواز الحبس حتى يقبض حقه، و جواز الأخذ لكل حقه، من غير اذن الآخر إن أمكن له على أى وجه كان، لأن ذلك مقتضى الملك و منع أحدهما الآخر و ظلمه لا يستلزم جواز ظلم الآخر و منعه حقه (٢).

و أورد عليه الشيخ: بأن عقد البيع مبنى على التقابض، و كون المعامله يدا بيد، فقد التزم كل منهما بتسليم العين مقارنا لتسليم صاحبه، و التزم على صاحبه أن لا يسلمها مع الامتناع فقد ثبت بإطلاق العقد لكل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه.

أقول: كان المحقق الأردبيلي خلط باب البيع باب الهبة المعوضة، فإن الفرق بينهما واضح، فإن التمليك في البيع، يقابل تملك الثمن و بما أن صرف التمليك أو

(١)- الطوسى: الخلاف ٣/ ١٥١ كتاب البيوع المسألة ٢٣٩ و لاحظ المختلف ١١٧، الفصل السادس عشر من كتاب التجارة.

(٢)- البحراني: الحدائق الناضرة: ١٥٢/ ١٩.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٩٣

التملك لا- يفى بالغرض بل لا يتم إلا بالتسليم و التسلم، يكون التسليم في مقابل التسلم، و الغرض الأسنى هو التمليك و التملك المتعاقبان بالتسليم و التسلم، و على ذلك فلم يلتزم بالتسليم المطلق سواء أسلم الآخر أم لا، بل التزم بالتسليم المشروط، شرطا ضميا.

و أما باب الهبة المعوضة، فإن التمليك هناك مطلق سواء ملك الآخر أو لا، غاية الأمر يكون تمليك الآخر داعيا للتمليك لا عوضا

مقابلا، و لأجل ذلك يسمّى بالهبة و الهدية، و إلّا لما كان لهذه التسمية وجه، و على ذلك فلا وجه لوجوب التسليم على كل واحد على وجه الاطلاق، سواء سلم الآخر أو لا.

ج: ما ذكره الشيخ الأعظم من أنه يجب على كل منهما مشروطا، و هو الظاهر من عبارة المحقق فى الشرائع حيث قال: «اطلاق العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن»، و اختاره صاحب الجواهر و قال: «الظاهر - باعتبار كون العقد عقد معاوضة - وجوب التقابض معا دفعة كما لو حصل لهما الملك به كذلك» (١)، و ذلك بدعوى أن تسليم كل من البائع و المشتري العوض للآخر، مشروط بتسليم العوض إياه، حسب بناء العقلاء، فإذا امتنع أحدهما من التسليم فلآخر أن يمتنع لذلك، فلا وجه بالوجوب على وجه الاطلاق إلّا إذا كان هنا تعارف على تقديم تسليم واحد منهما فيتبع و يكون قرينة حالية.

و قد ظهر وجهه ممّا سبق.

ثمّ إنّه إذا كان أحدهما مؤجلا دون الآخر، لا يجوز لغير المؤجل حبس ما لديه كما أنّه لو لم يتفق تسليمه حتى حلّ الأجل، فليس له أيضا الحبس، لأنّ غير المؤجل قد التزم بتسليمه من دون تعليق على تسليم المؤجل أصلا، سواء حلّ

(١) - جواهر الكلام: ٢٣ / ١٤٤.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩٤

أجل الآخر أو لا ... و هذا النوع خارج عن موضوع البحث، لأنّه إنّما إذا كان كل من التسليمين مشروطا و الأمر فى البيع بالنسيئة أو السلف ليس كذلك بل البائع فى الأول و المشتري فى الثانى أقدا على التسليم مطلقا.

و أمّا الصورة الثانية، أعنى: ما إذا كان أحدهما باذلا دون الآخر، فيجبر الحاكم الممتنع عن التسليم به إذا رفع الشكوى إليه من باب الحسبة، لأنّ حبس مال الغير بلا عذر حرام.

ثمّ إنّه إذا كان البائع باذلا دون المشتري لكنّه أخذ المثل من البائع بلا إذن منه، فيقع الكلام فى أمرين:

١- هل يصدق عليه القبض المعترى موضوعا لعدة آثار كالبيع قبل القبض و بعده؟

٢- هل يجوز فيه التصرف أو لا؟

أمّا الأول، فلا ترتب عليه آثار القبض الشرعى كالبيع بعد القبض، فإنّه منصرف إلى القبض المشروع لا القبض المحزّم، و المشروع لا يتحقّق إلّا بأحد أمرين إمّا باقباض ما فى يده إذ عندئذ يستحق أن يأخذ ماله من يد صاحبه بلا إذن أيضا، و إمّا بإذن من بيده المال و كلاهما منتفیان.

و أمّا التصرف، فلا شكّ أنّه جائز لكونه ماله، ما لم يفسخ الآخر، نعم للآخر عند عدم دفع الثمن، فسخ البيع لما عرفت من أن المبادلة كان مشروطا بشرط ضمنى أى دفع المقابل، و إن لم يصرح به، فمخالفة هذا الشرط يوجب جواز الفسخ للآخر.

نعم لو لم يفسخ أجبر الآخذ على ردّ العين لأنّ للآخر حقّ الفسخ و التوقّف حتى يأخذ حقه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩٥

فى وجوب تسليم المبيع مفرّغا

إذا كان القبض و التسليم هو استيلاء المشتري على المبيع، فهو يتحقّق بنفس الاستيلاء، سواء أ كان المبيع مشغولا بمال البائع أم لا. اللهمّ إلّا إذا كان الإشغال على وجه يمنع عن صدق الاستيلاء و لعلّه نادر، و على ذلك فالتفريغ من مال البائع شىء وراء التسليم و إن كان تعبير المحقق فى الشرائع يعرب عن كونه قيذا للتسليم. و يدل على وجوبه أمور:

١- حكم العقلاء بلزوم تسليم العين فارغة عن كل شىء خصوصا إذا كان مانعا عن الانتفاع و إليه جنح سيدنا الأستاذ - قدّس سرّه -.

٢- وجود الشرط الضمنى فى نفس العقد كأصل التسليم، فإنَّ الغرض من البيع هو الانتفاع المتوقَّف على كون المبيع مفرَّغا من كل مال مزاحم.

٣- حرمة إشغال مال الغير فيكون التفرغ واجبا بالملازمة، لأنَّ الاشغال نوع تصرّف من غير فرق بين الحدوث و البقاء، فعلى ضوء هذا فعلى البائع نقل متاعه من البيت بلا تراخ لا يتسامح عرفا.

و لو تراخى على وجه لا يتسامح لكن بلا تقصير، فإن كان المشتري عالما

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩٦

بكون البيت مشغولا بالمتاع و مع ذلك أقدم على البيع، فلا شيء له، و إن فات عليه بعض منافعه، و إن كان جاهلا و صار سببا لفوات بعض المنافع كان المشتري مختيرا بين الفسخ و أخذ الأجرة، أمّا الفسخ فلاجل أحد الوجهين المذكورين، و أمّا الأجرة، فلاجل تفويت المنافع، و لأجل ذلك قال الشيخ: «و فى ثبوت الأجرة، لو كان لبقائه أجرة إلى الفراغ وجه».

و ربّما يحكم بعدم استحقاق الأجرة قياسا بما إذا باع العين المستأجرة قبل تمام الأجل، فإنَّ الأجرة للبائع لا للمستأجر، غاية الأمر له حقّ الفسخ، فهكذا المقام.

و لكن القياس خاطئ كما تبه به المحقق الايروانى، فإنَّ المنافع إذا كانت مستحقّة للغير عند البيع (كما فى الاجارة قبل تمام الأجل) لا تتبع العين - ثبوتا - فى الدخول فى ملك المشتري، ليستحقّ عليها الأجرة، غاية الأمر له حقّ الفسخ عند ظهور الخلاف، بخلاف المقام، فإنَّ المنافع تتبع العين فى الدخول فى ملك المشتري تبعا للعين فيستحقّ الأجرة إذا أمضى المعاملة «١».

و بعبارة أخرى: إذا كانت المنافع - عند البيع - فى العين المستأجرة ملكا للغير، فلا تكون تابعة للعين، بخلاف المقام.

هذا كلّه إذا كان التراخى عن قصور، و أمّا إذا كان عن تقصير فهو بالخيار، بين الفسخ و استرجاع الثمن أو أخذ الأجرة من غير فرق بين العالم و الجاهل، فإنَّ الأوّل لم يقدم على التأخير فى التفرغ عمدا.

(١) - تعليقه المحقق الايروانى: ٨١ / ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩٧.

إذا كان المبيع أرضا مشغولة بالزرع

إذا كان المبيع أرضا مشغولة بالزرع للبائع فإن بلغ حصاده يجب عليه الحصاد و التفرغ، و مع الامتناع أجبر عليه، و مع عدم امكان الجمع، حصده و أخذ أجرة الحصاد و إن لم يبلغ أوانه فله صورتان:

١- إذا كان الزرع بعد البيع و قبل الحصاد، فحكمه واضح لأنّه غاصب لا حرمة لعرقه.

٢- إذا كان الزرع قبل البيع فان كان المشتري عالما بوجود الزرع للبائع، فعليه الصبر إلى أوان حصاده لانصراف العقد إلى البقاء حتى يحصد مجانا، إنّما الكلام إذا كان جاهلا بوجود الزرع أو الشجر فهناك احتمالات:

١- يجوز للمشتري قلعه بلا ارش و ابقاؤه بلا أجرة.

٢- يجوز للمشتري قلعه بلا ارش و ابقاؤه مع الأجرة.

٣- للمشتري الخيار بين الفسخ و الامضاء مع الأجرة.

٤- للمشتري الخيار بين الفسخ و الامضاء بلا أجرة.

٥- ملاحظة أكثر الضررين فيقدم الأكثر على الأقل.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٦٩٨

هذه هي احتمالات المسألة، و لعل هناك احتمالات أخرى لم نذكرها.

أمّا الأول: فلأنّ العرق و إن كان غير ظالم حدودنا، لكنّه ظالم بقاء و ذلك لأنّ بيع الأرض، عبارة أخرى عن نقل منافعها إلى المشتري تبعاً لها، فكأنّ البائع التزم بتسليم منافعها إليه، الملازم لفراغها عن كلّ شيء و تسليمها مشغولة بالزرع يعدّ خداعاً و تغيراً، و في مثل ذلك لا حرمة لماله، و بذلك يفترق عن العلم بالزرع إذ ليس هناك أيّ تغير، و أمّا عدم الأجره فلأنّ حقّ القلع، فلو أبقى لم يكن له الزام الآخر بالأجره و ما ذكر خيرة المحقق الايرواني «١».

و أمّا الثاني: أمّا من حيث القلع بلا ارش فقد مرّ وجهه، و أمّا جواز أخذ الأجره فلأنّ بقاءه فيها تفويت لمنافع العين و هو موجب للضمان، و حقّه و إن كان منحصر في القلع لكنهما إذا رضيا بعدم القلع في مقابل الأجره تتعلّق الأجره بالبقاء، نعم ليس له أخذ الأجره بلا رضا من البائع، و في مثله يصح أن يقال إنّ حقّه منحصر في القلع.

و أمّا الثالث: فوجه الخيار هو ما عرفت من كون الفراغ حكماً عقلاً أو شرطاً ضمناً، فالتخلّف يوجب الخيار بين الفسخ و أمّا الامضاء و أخذ الأجره فقد مرّ وجهه في الاحتمال الثاني.

و مع ذلك فالأولى هو الجمع بين الوجه الثاني و الثالث بأن يقال: إنّه مخير بين الفسخ و الامضاء، و معه له القلع بلا ارش أو الاجازة مع الأجره إذا رضيا، و هذا أظهر الاحتمالات، و هذا الاحتمال مستخرج من الوجوه الثلاثة الماضية كما هو واضح.

(١) - تعليقه المحقق الايرواني: ٨٢ / ٢.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٦٩٩

و أمّا الاحتمال الرابع: أعني الخيار بين الفسخ و الامضاء بلا أجره فقد علم وجه الفسخ من الاحتمال الثالث و وجه عدم الأجره من الاحتمال الأول.

و أمّا الخامس: و هي ملاحظة أكثر الضررين، فلأجل تصوّر أنّ المقام من باب تعارض الضررين فيؤخذ بأكثرها، و لكنك عرفت أنّ الضررين ليسا في عرض واحد و أنّ البائع هو السبب لتضرّره.

ثمّ لو احتاج تفرغ الأرض إلى هدم شيء من البيت فيهدم باذن المشتري، و على الهادم جبر الضرر بالقيمة أو المثل، و لا جدوى في البحث عن صغرياتهما فإنّ التشخيص موكول إلى العرف، فإنّ التقدّم الصناعي قد قلب كثيراً من الضوابط القديمة للمثلي و القيمي، فصار أكثر القيميات كالثياب و الأواني مثلاً.

في امتناع البائع عن التسليم

إشارة

أنّ للمسألة صورتين:

[الصورة الأولى]:

أن يكون الامتناع بغير حق كما إذا كان المشتري دافعاً للثمن أو مستعداً للدفع و لكن البائع يمتنع عن التسليم، فهو عندئذ بحكم الغاصب يجري عليه حكمه، فعليه أجره المبيع - لو كان له أجره - و نفقة الدابة و غيرها.

[الصورة الثانية]:

اشارة

إذا كان الامتناع بحق كما إذا امتنع المشتري عن أداء الثمن فهناك صورتان:

١- أما أن يستوفى البائع منفعة المبيع بالسكونة في الدار و أكل ثمرة الشجرة،

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٠٠
فلا شك أنه ضامن.

٢- أما أن لا يستوفى المنفعة

، كما إذا أفل الدار أو البستان، أو حبس الدابة في اصطبلها، فهل هو ضامن أو لا؟ الظاهر لا، لأن الضمان أمّا للاتلاف أو للاستيلاء الذي يعبر عنه بضمان اليد، والأول غير صادق، ونسبة التلف إلى السبب، أعني: المشتري أولى من نسبه إلى البائع الذي حال بين المال و مالكة (المشتري) لما عرفت من أن الحيلولة عن حقّ، و أمّا ضمان اليد فهو منصرف عمّا إذا كان الحبس بحق. و إن شئت قلت: إنّ تجويز الامتناع عند الامتناع دليل على عدم الضمان و إلّا فرّما يتخذ المشتري الامتناع ذريعة لأخذ الأجره من البائع الذي حبس المبيع لأجل أخذ الثمن، و بذلك يظهر أنّه لو احتاج حفظ الدار إلى أجره أو بقائها على نفقه، فالكل على عهده المشتري. و لو طلب من البائع الانتفاع من المبيع بلا تسليم كما إذا كان بيد البائع، فلا تجب الإجابة لما مرّ من جواز الامتناع عند الامتناع. المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٠١

الكلام في أحكام القبض**اشارة**

قد وقع القبض في غير واحد من الروايات موضوعاً لأحكام، نذكرها واحدة بعد الأخرى تحت مسائل:

المسألة الأولى: في انتقال الضمان من البائع إلى المشتري:**اشارة**

اتفق الفقهاء على أن المبيع قبل القبض في ضمان البائع فإذا أقبضه انتهى ضمانه و هذا ممّا لا كلام فيه. قال الشيخ: إذا تلف المبيع قبل القبض للسلعة بطل العقد، و به قال أبو حنيفة و الشافعي، و قال مالك: لا يبطل، دليلنا: أنّه إذا باع، فإنّما يستحق الثمن إذا قبض المبيع، فإذا تلف تعدّر عليه التسليم فلا يستحق العوض. و قال أيضاً: إذا كان الثمن معينا فتلف قبل القبض سواء كان من الأثمان أو غيرها بطل العقد، و به قال الشافعي، و قال أبو حنيفة: إن كان من غير الأثمان كقولنا، و إن كان من الأثمان دراهم أو دنانير لم يبطل، بناء على أصله: ان الثمن لا يتعين بالعقد. دليلنا أنّه إذا عين الثمن و عقد عليه العقد، كان مثل السلعة الباقية في تعيينه و إنّما لم يتعين إذا كان بثمن بالذمة فالأصل الذي بنى

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٢

عليه غير مسلم «١».

و قال فى الجواهر فى ضمن شرح كلام المحقق: إذا تلف المبيع الشخصى قبل قبضه بأفء سماوية فهو من مال بائعه اجماعا بقسميه «٢».

و مثله سائر الكلمات لفقهاؤنا العظام.

إنما الكلام فى تبين معنى الضمان قبل القبض، فهل الضمان هنا هو الضمان المعاوضى بمعنى أن البائع لا يستحق الثمن لأجل عدم تسلّم المبيع، و بعبارة أخرى: يفسخ العقد قبل التلف و يدخل المبيع فى ملك البائع آنا ما و يتلف فى ملكه فلا يستحق شيئا من الثمن. أو هو ضمان واقعى كالضمان الموجود فى الاتلاف و ما تلف تحت يد الغاصب، أعنى: ضمان اليد و مثل ضمان المأخوذ بالسوم، فإنّ الضمان هناك بمعنى جبر الخسارة بالمثل أو القيامة، فعلى هذا يستحقّ البائع الثمن، و يجب عليه جبر الخسارة بدفع المثل أو القيامة إلى المشتري.

و الكلام فى استظهار أحد الضمانين من الأدلة، و لكن الموجود فى المقام هو خبران أحدهما نبوى مرسل و الآخر مروى بسند غير نقى عن الإمام الصادق- عليه السلام- غير أنّ عمل المشهور بهما جابر لضعفهما مضافا إلى اتقان الروايتين.

أما الأول فالنبوى المعروف: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه «٣».

(١)- الطوسى: الخلاف: ٣/ ١٥٤، مسألة ٢٤٣.

(٢)- النجفى: جواهر الكلام: ٢٣/ ٨٣.

(٣)- النورى: مستدرک الوسائل: ج ١٣، الباب ٩ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٣

و أما الثانى فهى رواية عقبه بن خالد «١» عن أبى عبد الله- عليه السلام-: فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه، حتى يردّ ماله إليه.

و المهم دراسة فقه الحديثين:

أما النبوى فهل هو ظاهر فى الضمان المعاوضى أو الواقعى؟ احتمالان ناشئان من تعيين مرجع الضمير المنفصل فى قوله: فهو من مال بائعه. لا شكّ أن الضمير الثانى يرجع إلى المبيع، إنّما الكلام فى تعيين مرجع الضمير المنفصل، فهل هو يرجع إلى التلف المستفاد من الفعل، أعنى: قوله «تلف»؟ أو يرجع إلى المبيع المذكور فى صدر الحديث؟

فلو قلنا بالأول: فربّما يكون ظاهرا فى الضمان الواقعى، و يكون المعنى: كل مبيع قد تلف قبل قبضه فالتلف من مال البائع بمعنى أنّ المبيع مع كونه ملكا للمشتري لكن الضمان و جبر الخسارة لدى التلف من مال البائع و لا معنى لهذا الضمان، إلاّ الخروج عن عهدة الضمان بالمثل أو القيامة.

و لو قلنا برجوعه إلى المبيع فظاهر الحديث أنّ المبيع من مال البائع و بما أنّه خلاف المفروض لكونه مال المشتري بالفرض فلا بدّ من توجيهه بانفساخ العقد و دخول المبيع فى ملك البائع، و عندئذ يصير التلف من مال البائع و يكون الضمان بعد الانفساخ معاوضيا.

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١ (فى سند الرواية محمد بن عبد الله بن هلال و عقبه بن خالد و كلاهما لم يوتّقا).

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٤

و الظاهر هو الثاني: لأنّ عود الضمير إلى المصدر المستفاد من الفعل و إن كان واردا في الذكر الحكيم و في لغة العرب. قال سبحانه: **اغْدُلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى** (المائدة/ ٨) و لكنّه قليل و الظاهر رجوع الضمير إلى المبيع، بشهادة رجوع الضمير المتصل إليه أيضا. و أما فقه الحديث الثاني: فهو ظاهر في الضمان المعاوضى حيث قال: «من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته» فالضمان ترجع إلى المتاع، و كون التلف من مال صاحب المتاع مع كونه ملكا للمشتري حسب الفرض لا يعقل، إلا إذا فرضنا الانفساخ قبل التلف أنا ما حتى يكون التلف فى ملك البائع.

و يؤيد ذلك فهم المشهور من الروايتين، و احتمال استنادهم إلى غير الروايتين بعيد جدا. ما ذكرناه إنّما هو على حسب طريقة القوم فى تفسير الروايات الفقهية، غير أنّ لنا مسلكا آخر فى فهم الروايات و هو أنّ أكثر هذه الروايات الفقهية منقولة بالمعنى لا باللفظ و النص، فالدقّة العقلية الخارجة عن حدود الفهم العرفى لا تتحمّل تلك الروايات، و لأجل ذلك لو دفعت الروايتين إلى العربى الصميم الخالى ذهنه عن كيفية الضمان ربّما توقّف عن تعيين أحد المعنيين، و لأجل ذلك ربّما يصبح كل من الاحتمالين أمرا مفروضا على الروايتين من خارج و ليسا مدلولين لهما. و الذى أظن هو أنّ الروايتين فى بيان أصل الحكم و هو سلب الضمان عن المشتري باثباته على البائع إلى أن يقبض، و أمّا الكيفية فهو متروك إلى بناء العقلاء فى هذه الأمور.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٥

و الذى عليه العقلاء فى هذه الموارد هو انفساخ العقد بالتلف لا قبله، و براءة البائع عن كل شىء إلّا عن ردّ الثمن و ذلك لأنّ المسئولية التى تقبلها البائع، لم تكن إلّا مسئولية فى حدود الامكان و هو دفع العين فى أوّل أزمنة الامكان، و المفروض أنّه قام بها و لكن حالت دون مقصده الأقدار، و بذلك خرج عن عهده المسئولية فيستقل العقلاء بانفصام العقد لأجل الوضع السائد و فقد الامكان من غير تقصير و لا يحكم إلّا بردّ الثمن أو عدم أخذه. و أمّا فرض جبر الخسارة عليه بدفع المثل أو القيامة فهو أمر جديد لم يتحمّله البائع فى العقد و الانشاء ففرض أحد الأمرين عليه يحتاج إلى سبب: و السبب إمّا هو العقد أو كون يده يدا عدوانيا، أو كونه متلفا و متعديا، أو متساهلا فى كيفية الاقباض، و المفروض عدم تلك الأمور كلّها، و الرجل لا يؤخذ إلّا بمقدار التعهّد و هو لم يتعهّد إلّا دفع المبيع فى قبال الثمن حسب المقدرة العرفية، و المفروض عدم وجود القدرة العرفية، فإذا لم يكن التسليم ممكنا فيرتفع حكمه، و هو معنى الانفساخ القهرى.

الانفساخ من الأصل:

فإذا حكم العقلاء بالانفساخ و بطلان البيع، فهل هو يبطل من الأصل أو من حين التلف أو يكون التلف كاشفا عن البطلان من أوّل العقد، و الثانى ممنوع بعد انعقاد العقد صحيحا، و رجّح الشيخ القول الثانى قائلا بأنّ تقدير مالئىة البائع قبل التلف مخالف لأصالة بقاء العقد، و إنّما احتيج إليه لتصحيح ما فى النص من الحكم بكون التالف مال البائع فيرتكب بقدر الضرورة، و يترتب على ذلك كون النماء قبل التلف للمشتري. و فيه تأمّل، و الظاهر أنّ العقلاء يحكمون بالبطلان من رأس، و على ما ذكره الشيخ يرجع المشتري إلى البائع فى النما آت

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٦

المنفصلة التى لم تتلف من فواكه الأشجار و لبن الحيوان و غيرهما، و هو بعيد و الأولى المصالحة.

ثمّ إنّ التلف فى النبوى وارد مورد الغالب، و المراد عدم امكان الوصول إلى المبيع حتى يدفع إلى البائع، و لأجل ذلك جاء فى رواية عقبه بن خالد سرقة المتاع مكان تلفه، و بذلك يظهر حال كثير من الأمثلة التى ذكرها العلامة فى تذكرته، كانفلات الطير، و الصيد، و اغراق البحر الأرض المبيعة، أو وقوع صخور عليها من جبل أو اكتسائها بالرمل ...

فروع ذكرها الشيخ:

- ١- إذا امتنع المشتري عن دفع الثمن و لكنّه قبض المبيع بغير اذن البائع فهل هو مسقط للضمان أو لا، الظاهر هو الأول لصدق الاستيلاء الكافى فى تحقق القبض و إن كان محرّماً، مضافاً إلى انصراف الروايتين عن تلك الصورة.
- ٢- إذا كان المبيع مكيلاً- أو موزوناً و قلنا بتوقّف القبض فيهما على الكيل و الوزن فلو قبض المشتري جزافاً فهلك عنده فهل يسقط الضمان بمجرد قبض المشتري، أو لا؟ فصلّ العلامة بين القول بتوقّف القبض عليهما فلا يسقط و عدمه فيسقط، و الظاهر السقوط و إن قلنا بتوقّف القبض عليهما و ذلك لانصراف النبوى عن مثله و المراد منه ما تلف تحت يد البائع، و المفروض أنّه تلف تحت يد المشتري، و أمّا رواية عقبه بن خالد فقد جعل الملاك الخروج من البيت و هو حاصل.
- ٣- إذا قلنا بأنّ القبض هو الاستيلاء و عدم كفاية التخليه، فهل تكفى المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٧
- التخليه فى رفع الضمان و إن لم يصدق القبض أو لا؟ قال الشيخ: فيه قولان: «لا يخلو السقوط من قوّه و إن لم نجعلها قبضاً»، و لكن الظاهر هو بقاء الضمان لرواية عقبه بن خالد و إن كان النبوى منصرفاً عن مثله، اللهمّ إلّا إذا قلنا بعدم ثبوت رواية عقبه بن خالد فيرجع فيه إلى العرف الحاكم بكفاية التخليه فى رفع الضمان و الخروج عن التعهد.
- ٤- و منه يظهر حكم ما لو وضع اليد عليه و لم ينقله بناء على اعتبار النقل فى القبض. هذا كلّ حكم التلف السماوى و أمّا حكم الاتلاف فله صور:
- ألف: أن يكون الاتلاف من المشتري.
- ب: أن يكون الاتلاف من البائع.
- ج: أن يكون الاتلاف من الأجنبى.
- أمّا الأول أى إتلاف المشتري فلا شك فى سقوط الضمان، لصدق القبض بمعنى الاستيلاء سواء كان عالماً بكون ما يتلفه ماله أو لا، لأنّ العلم و الجهل لا يؤثّران فى الضمان وجوداً و عدماً، أضف إليه: أنّ النص منصرف عن مثله، فيبقى سقوط الضمان بالتصرف تحت القاعدة.
- نعم لو قدّم البائع المبيع إلى المشتري فاتلفه، فإن كان المشتري عالماً بأنّه مبيعه، فلا شك فى سقوط الضمان، سواء كان البائع عالماً بكونه مال المشتري (غاراً) أو جاهلاً (غير غارٍ) لأنّ استناد الاتلاف إلى المباشر هنا أقوى من الاستناد إلى السبب (البائع) حتى و إن كان عالماً و غاراً، و أمّا إذا كان جاهلاً و كان البائع عالماً فيعدّ التلف من مال البائع لأنّ اسناد الاتلاف إلى السبب (البائع) حينئذ المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٠٨
- أقوى، و المشتري أقدم على الاتلاف (الأكل) بما أنّه مال البائع و هو يريد تكريمه لا بما أنّه مال نفسه و إن تبين الخلاف.
- و أمّا إذا كان البائع جاهلاً مثل المشتري فهل هو كالاتلاف السماوى أو لا؟
- وجهان، لا يخل أولهما من قوّه و أمّا الثانى: أى لو أتلفه البائع فيه احتمالات:
- ١- يفسخ البيع، لكونه تلفاً قبل القبض من غير فرق بين كون المتلف انساناً أو حيواناً أو آفة سماوية.
- ٢- لا يفسخ البيع و يرجع المشتري- بعد دفع الثمن- إلى المثل أو القيامه لانصراف النص عنه و كونه مصداقاً لاتلاف مال الغير. و من أتلف مال الغير فهو له ضامن.
- ٣- يتخيّر المشتري بين مطالبته بالقيمه، أو بالثمن، لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فيختر المالك فى العمل بأحدهما.
- ٤- إنّ التلف على هذا الوجه و إن كان خارجاً عن منصرف دليل الانفساخ (أى التلف قبل القبض) لكنّه لاحق بتعدّر تسليم المبيع

فيثبت (حكّمه) أعنى:

تخيير المشتري بين أخذ عوض المبيع من المثل أو القيامة و بين أن يفسخ و يرجع إلى عين الثمن الذي أعطاه للبائع. و لا مجال للاحتمال الثالث لأنه إذا كان هناك سبب الانفساخ، فهو يفسخ فوراً، و لا يتوقف على اختيار المشتري سبب الانفساخ، و ترجيحه على سبب الضمان.

و الأقوى هو الوجه الثاني ثم الرابع.

و لو قلنا بالوجه الثاني فهل للبائع حبس البديل على أخذ الثمن أو لا؟

و الظاهر أن الحكم فيه و في المبدل واحد، و أنه يجب عليهما التقابض معا.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٠٩

و لو قبض المشتري بغير اذن البائع حيث يكون له الاسترداد (كما إذا لم يدفع الثمن) فألتفه البائع في يد المشتري، الظاهر أنه اتلاف بعد القبض و إن كان فيه ظالماً، و لانصراف النبوي عن ذلك، فيرجع المشتري إليه بالبديل، لا الثمن لأنه من باب اتلاف الغير.

و أما الثالث أي إذا ألتفه الأجنبي فالمشتري يتخير بين فسخ العقد، لعدم خروج البائع عن عهده التسليم المشروط في ضمن العقد، و امضائه و الرجوع إلى المتلف بالبديل، و إن كان الأقوى في نظر الشيخ تعين الرجوع إلى البديل (القيامة في كلامه) لانصراف دليل الانفساخ. لكن انصراف دليل (الانفساخ) (النبوي و رواية عقبه بن خالد) عن هذه الصورة، لا يكون موجبا لتعين البديل، لاحتمال كونه مختيراً بين الفسخ و الرجوع إلى الثمن و الامضاء و الرجوع إلى البديل.

المسألة الثانية: في تلف الثمن المعين قبل القبض:

إذا تلف الثمن المعين قبل القبض (و فرضنا أن تعيين الثمن في شخص معين عرضاً عقلاً في مثل الدولار و الريال) «١» فهل هو من مال المشتري كالمبيع الذي يحسب تلفه من مال البائع أو لا؟ صريح الشيخ في الخلاف هو ذلك، قال: إذا كان الثمن معيناً فتلف قبل القبض سواء كان من الأثمان أو من غيرها بطل العقد، و به قال الشافعي «٢».

(١) - نقل الشيخ في الخلاف عن أبي حنيفة أن الثمن لا يتعين بالعقد.

(٢) - الطوسي: الخلاف: ٣/ ١٥٤، المسألة ٢٤٤، و قد مضى بقية النص في أصل المسألة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١٠

و عليه العلامة في التذكرة و هو مقتضى القواعد العامة و قد مرّ بيانه عند البحث عن حكم المبيع، و خلاصته قصور شمول التعهد من جانب المشتري على صورة التلف، فيشبه المورد بما إذا تعذر التسليم، فحكم العقلاء في صورتى التلف و التعذر، هو انفساخ العقد. استدلل الشيخ بأمرين: النبوي، و لا يخلو دلالته في مورد الثمن من ضعف كما ذكره - قدس سره - و العمدة رواية عقبه بن خالد، و قد مرّ نصّها، فنعينه لبيان كيفية الاستدلال:

«في رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجبه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته، فالمبتاع ضامن لحقه، حتى يردّ ماله إليه» «١».

توضيح الاستدلال: أن في الحديث احتمالات ثلاثة:

١- أن ترجع الضمائر الثلاثة في «لحقه»، «ماله»، «إليه»، إلى المشتري، فعندئذ يكون المراد من المبتاع هو البائع و تكون الرواية مسوقة لبيان حكم واحد، هو ضمان البائع للمبيع لحده قبض المشتري، فيكون المعنى: إذا أخرجه من بيته (لا يسقط الضمان) بل هو ضامن

لحق المشتري حتى يرد مال المشتري إليه.

و على هذا فالرواية بصدد بيان حكم موضوع واحد و هو ضمان البائع و لا بصدد بيان حكم موضوعين و هذا هو الظاهر فى بدء النظر، نعم يبعده أمران:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب الخيار، الحديث ١.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧١١

ألف: أنه إذا كان هذا هو المقصود، فالأتيان بالاسم الظاهر مكان الضمير خلاف الفصاحة، فكان عليه أن يقول: فإذا أخرجه من بيته، فهو ضامن لحقه ...

لا أن يقول: فالمبتاع ضامن، و هذا يدلّ على أنّ فاعل «أخرج» غير المبتاع.

أن استعمال المبتاع فى البائع لا يخلو عن بعد و إن كان صحيحا و مع ذلك فهذا أحد الاحتمالات.

٢- أن ترجع الضمائر الثلاثة إلى البائع، فيكون المعنى: فإذا أخرجه من بيته و سلمه إلى المشتري فقد أدى حقه و أمّا المشتري فالمبتاع (المشتري) ضامن لحقّ البائع حتى يرد مال البائع (الثلث) إلى البائع.

فإن قلت: إن ترتّب «المبتاع» على الجملة الشرطية عندئذ يكون غير واضح حيث قال: «و إذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن ...» فإنّ ضمان المشتري للثلث غير مترتب على زمان الخروج بل هو ثابت من زمان العقد، أضف إليه: أنه يلزم أن تكون الجملة مبتورة، لعدم وجود الجواب الحقيقي لقوله: «فإذا أخرجه» و أمّا قوله «المبتاع ...» إذا أريد منه المشتري لا يكون جوابا حقيقيا له.

قلت: إنّ الجراء كما قلنا محذوف تركه الإمام لمعلوماته فإنّ من أخرج المتاع من بيته، لا يتركه فى الطريق بل يسلمه إلى المشتري فيخرج عن العهدة، فلما علم حكم البائع، ابتدأ الإمام ببيان وظيفة المشتري، و أنه- عند ذاك- تصل نوبته فلا يخرج عن العهدة إلّا بأداء حقّ البائع مثله و ليس بصدد بيان مبدأ ضمانه بل بصدد ايفاءه لوظيفته و واجبه، و لعلّ هذا أظهر الاحتمالات فتكون الرواية دليلا على كلا الحكمين.

٣- أن يرجع الضمير فى حقه إلى البائع و الآخران إلى المشتري، فالمبتاع (المشتري) ضامن لحقه أى البائع حتى يرد البائع مال المشتري إليه.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧١٢

فإن قلت: فعلى هذا يكون ضمان المشتري مرتفعا بارتفاع ضمان البائع مع أنه لا يرتفع إلّا بالقباض.

قلت: إنّ الحديث وارد مكان الغالب، فإنّ إقباض البائع يكون غالبا مقرونا باقباض المشتري، فيتساقتان.

و هذا المعنى أيضا يثبت ضمان المشتري للثلث حتى يقبض.

المسألة الثالثة: حكم ضمان العوضين فى غير البيع:

هل يلحق العوضان فى غير البيع من المعوضات، بالبيع أو لا؟

قال الشيخ الأعظم: يظهر من الفقهاء اللحق فى الاجارة و الصداق و عوض الخلع لو تلف قبل القبض إذا كان الثمن معينا، لا ما إذا كان فى الذمّة، و الظاهر أنّ المسألة غير معنونة فى أكثر الكلمات و اللحق هو الأقوى و الدليل عليه قصور شمول التعهّد لصورة التلف، فيكون العقد منفسخا بالنسبة إلى العوض، تتبعه الاجارة فى الانفساخ فتكون منفسخة، و هل بطلان الخلع يسرى إلى بطلان الطلاق أو لا؟ فيه وجهان:

المسألة الرابعة: فى تلف بعض المبيع قبل قبضه:

إشارة

لو تلف بعض المبيع قبل قبضه، فإن كان ممّا يقسّط عليه الثمن، كان حكمه حكم تلف الكل فى انفساخ العقد بالنسبة إليه، كما إذا باع مائة متر ثوبا، فتلف عشرة أمتار منه، فالبيع يكون منفسخا بالنسبة إلى العشرة، و ذلك أنّ البيع المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧١٣

و إن لم يتعلّق بكلّ متر مستقّلا و لا- بشرط، حتى يكون بيوعا متعدّدة، لكنّه تعلّق بكلّ متر مجتمعا مع الأمتار الأخرى، فلا مانع من تقسيط الثمن، و تصحيح البيع بالنسبة إلى الأجزاء الباقية، و هذا نظير ما إذا باع ما يملك مع ما لا يملك كغنمه مع غنم الغير، أو الغنم مع الخنزير، فإنّ العرف يساعد على التقسيط و التقسيم.

إنّما الكلام فى الأوصاف التى لا يقسّط عليها الثمن فى نظر الشيخ الأعظم و من قبله و من تبعه، فهل هناك الخيار بأطرافه الثلاثة مثل التلف قبل العقد، إذا ظهر معييا فالمشترى يتخيّر بين الردّ، و الامسак بلا- ارش أو معه، أو تختصّ هذه الصورة بحكم آخر، و لا يشارك مع التلف قبل العقد، و هو الخيار بين الامسак و الرد فقط؟

ذهب الشيخ الطوسى فى النهاية إلى القول الأوّل و قال: من اشترى شيئا و لم يقبضه، ثمّ حدث فيه عيب، كان له ردّه، فإن أراد أخذه و أخذ الارش، كان له ذلك «١».

و لكنّه قال فى الخلاف بعدم الجواز بقوله: إذا حدث بالمبيع عيب فى يد البائع كان للمشترى الردّ، و الامسак، و ليس له إجازة البيع مع الارش، و لا- يجبر البائع على بذل الارش بلا- خلاف، فإن تراضيا على الارش كان جائزا، و به قال ابن سريج، و ظاهر مذهب الشافعى أنّه لا يجوز «٢».

و اختار العلّامة فى المختلف القول الأوّل و نسبه إلى ابن البراج و أبى الصلاح «٣».

(١)- الطوسى: النهاية: ٣٩٥.

(٢)- الطوسى: الخلاف: ٣/ ١٠٩، المسألة ١٧٨ من كتاب البيوع.

(٣)- العلّامة الحلى: مختلف الشيعة، الفصل ١١ فى العيوب، ص ١٩٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧١٤

دليل القائل بعدم جواز الارش:

نقل فى المختلف استدلال الشيخ بعدم الجواز بأنّ الأصل ثبوت البيع و لزومه، و عدم التسلّط بالارش، و إنّما أوجبنا له الخيار من الردّ و القبول لدفع الضرر اللاحق بايجاب القبول، فيبقى الباقي على الأصل.

و الاستدلال متين لو لم يكن هناك دليل على الارش، و إلّا فيقدّم على الأصل. نعم أجاب العلّامة فى المختلف عن استدلال الشيخ بأنّ الحاجة تمس إلى المعاوضة، و إلّا لم يوجد العقد، و عندئذ الزامه بجميع الثمن ضرر عظيم، لأنّه دفعه فى مقابل الجميع بصفاته، فلا يجب دفعه عن البعض «١».

دليل القائل بالارش:

استدلّ القائل بأنّ الكل مضمون قبل القبض، فكذا أبعاضه و أوصافه.

و أورد عليه صاحب مفتاح الكرامة: بأن معنى الضمان في تلف الكل و البعض، غير معناه في تلف الوصف، إذ معناه في الأول: انفساخ العقد، و رجوع الثمن إلى المشتري، و المبيع إلى البائع، و هذا المعنى غير متحقق في الوصف لأنّ انعدامه لا- يوجب بطلان العقد بالنسبة إليه إذ لا يقابل بالثمن، بشهادة أنّه لا يجب ردّ الارش من نفس الثمن.

و على ضوء هذا لا يمكن أن يراد من قوله: «فهو من مال بائعه» كلا المعنيين، لاستلزامه استعمال اللفظ في معنيين مختلفين. و مثله قول القائل:

(١)- المصدر السابق.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١٥

الكل مضمون، فهكذا الوصف، فإنّ كيفية الضمان مختلفة.

و بما أنّ أساس الاشكال عدم تقسيط الثمن على الأوصاف و قد قبله الشيخ الأعظم فحاول أن يجيب عن الاشكال مع قبول الأساس، قال ما هذا توضيحه:

«إنّ الضمان المستفاد من قوله: «و من مال بائعه»، ليس بمعنى انفساخ العقد حتى يقال بأنّه ليس متحققاً في تلف الوصف، بل هو في الجميع بمعنى عدم وقوع العقد على التالف و إنّ العقد من هذه الجهة كأن لم يكن، و هذا معنى واحد يختلف لازمه حسب اختلاف متعلّقه، فإن كان المتعلّق هو الكل، فمعناه بطلان العقد عليه إقياً من رأس كما في المعدوم قبل العقد، أو من حين التلف كما في التالف بعد العقد، و إنّ كان المتعلّق هو الوصف، فلازمه وقوع العقد على الفاقد من الوصف، و أنّه وقع على المعيب و لازمه الخيار بين الرد و القبول بلا ارش أو معه».

«و بعبارة أخرى: تنزيل التلف بعد العقد، و قبل القبض منزلة التلف قبل العقد و أنّهما في الحكم على وزان واحد، و إنّ كان أثر التنزيل يختلف في تلف الكل و وصفه في كلا الموردين و الذي يدل على ذلك: هو نسبة التلف إلى مال البائع، فيكون معنى كون تلف الكل من مال البائع هو تنزله منزلة التلف قبل العقد، كما يكون معنى تلف الوصف من مال البائع، هو تنزله منزلة تلف الوصف قبل العقد، فيتحد التلفان حكماً و نتيجة».

هذا غاية توضيح لكلام الشيخ: و عبارته قاصرة عن تأدية مقصوده «١».

(١)- و الحق أنّ المتاجر يحتاج في بعض الموارد إلى تحرير جديد، فعسى أن يقبض سبحانه رجلاً- فقيها كاتباً ليحرّره، كما قام به نصير الدين بالنسبة إلى المجسطي، فكتب «تحرير المجسطي»، و الإمام الخميني- رضوان الله عليه- بالنسبة إلى وسيلة النجاة، فألف: تحرير الوسيلة.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١٦

يلاحظ عليه: أنّ ما ذكره من معنى الضمان المستفاد من قوله: من مال بائعه، أمر انتزاعي يقف عليه الفقيه بعد الوقوف على تماثل العيين (الحادث قبل العقد، أو بعده و قبل القبض) في الحكم و إلّا فمعنى الضمان كون التالف مضموناً إمّا بالمسمى، كما في التالف قبل القبض، أو بالمثل و القيامة كما في التالف عدواناً، أو مأخوذاً بالسوم. و لو فرض عدم تقسيط الثمن على الوصف، لما كان للضمان فيه معنى، لا بالمسمى و لا بالمثل و القيامة، لأنّ المفروض عدم لحاظ الثمن في مقابله.

و لأجل ذلك اختار الشيخ في آخر كلامه، عدم الارش، قائلاً: بأنّ ثبوت الارش عند تلف الوصف على خلاف الأصل (لكون المفروض عدم تقسيط الثمن، فثبوته في التالف قبل العقد لأجل الاجماع، لا يكون دليلاً على ثبوته في المقام).

و مع أنّه سعى- قدّس سرّه- في صدر كلامه ليثبت الارش في المقام، لكنّها لأجل اتّخاذ موقف خاص في صفات الصّحة من عدم

تقسيم الثمن عليها، انتهى نظره إلى عدمه.

و أمّا على الحق الذي عرفت من تقسيم الثمن على الصفات جميعا سواء كانت وصف صحّة أو كمال، فيكون الارش على طبق القاعدة و لا يعلم المقدار المقسّم عليها حين البيع إلّا بأخذ النسبة بين الصحيح و المعيب و الأخذ من الثمن بتلك النسبة، نعم ربّما يقال:

١- لو كان الثمن مقسما على الأوصاف و المعاملة باطلّة بالنسبة إليها، يجب ردّ الارش من عين الثمن مع أنّهم لا يقولون بذلك.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١٧

٢- لو كان الأمر كما قلتم، يجب أن لا يصحّ الامضاء بلا ارش، لرجوع ما يقابل الوصف إلى ملك المشتري. و قد أجبنا عن الاشكالين في السابق فلاحظ «١». هذا كلّه في التلف بأفّه سماوية.

المسألة الخامسة: إذا تعيّب بفعل شخص:

إذا تعيّب بفعل شخص فإمّا أن يكون هو المشتري أو البائع أو الثالث، فإن كان بفعل المشتري فلا ردّ و لا ارش لأنّه هو السبب، و دليل ضمان البائع منصرف عن ذلك.

و أمّا إذا كان التعيّب بفعل البائع أو الأجنبي فالكلام فيه كالكلام في تلفه بفعلها لأنّ الكل مشترك في تقسيم الثمن، غاية الأمر إذا كان بفعل الأجنبي له أن يرجع إليه أو إلى البائع.

المسألة السادسة: في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه:

إشارة

اختلفت كلمات الفقهاء في بيع ما يكال أو يوزن قبل قبضه، فعبروا عنها تارة ببيع الشيء قبل قبضه، و أخرى ببيع الشيء قبل أن يوزن أو يكال، و كأنّ التعبيرين يشيران إلى معنى واحد و هو البيع قبل القبض، لأنّ القبض الذي هو

(١)- لاحظ خيار العيب عند استفادة الارش من مرسله جميل.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١٨

الاستيلاء يتحقّق بأحدهما غالبا، فما دام المبيع لم يوزن أو لم يكال، و كان مشاعا بين مال المشتري و البائع، لا يتحقّق الاستيلاء عليه.

فيكون ملاك المسألة، بيع الشيء قبل قبضه من الغير.

أمّا أهل السنّة، فهم على أقوال أربعة:

١- قال مالك: يجوز بيع ما عدا الطعام قبل أن يقبض.

٢- قال أبو حنيفة: لا يجوز في المنقول و يجوز في غيره.

٣- قال الشافعي: لا يجوز مطلقا من غير فرق بين الطعام و غيره.

٤- قال أحمد بن حنبل: لا يجوز في المكيل و الموزون و يجوز في غيره، و به قال الحسن البصري و سعيد بن المسيب «١».

و أمّا الشيعة، فقد حكى العلّامة أقوالهم و إليك ملخصها:

١- قال ابن أبي عقيل و الصدوق: لا يجوز فيما يكال و يوزن و يجوز في غيره.

٢- قال المفيد، و الشيخ في النهاية، و ابن البرّاج في الكامل و أبو الصلاح:

يجوز مطلقا و يكون قبض الثاني له نائبا عن قبض الأول و يكره ذلك فيما يكال أو يوزن و ليس بمفسد للبيع و لا مانع من مضيه.
 ٣- قال الشيخ في المبسوط و الخلاف: لا يجوز في الطعام و يجوز في غيره.
 و تبعه ابن البراج في المهذب، و الحكم مختص بالمبيع و لا يعم السلف.

(١)- الطوسي: الخلاف: ٣/ ١٥٧، المسألة ٩٧، بتلخيص متأ.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧١٩

٤- قال سائر: يجوز بيع الدين قبل قبضه فيبيع الذهب منه بالعروض.

٥- و منع ابن حمزة بيع الطعام قبل القبض سواء كان مبيعا أو قرضا، و غير الطعام جَوَزَ بيعه قبل القبض على كل حال إلا أن يكون سلفا فإنه منع من بيعه قبل قبضه إلا من المسلف إليه «١».

و نقل العلامة في التذكرة و التحرير أقوالا ست، و هي:

١- الكراهة مطلقا.

٢- المنع مطلقا.

٣- التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما بالتحريم فيهما دون الآخر.

٤- و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم في الأول و العدم في غيره، و هو قول الشيخ في المبسوط مدعى عليه الاجماع.

٥- التفصيل في المكيل و الموزون و بين التولية بالتحريم في الأول و عدمه في الثاني.

و قد تركه الشيخ عند نقل كلام العلامة في التذكرة.

٦- التفصيل في خصوص الطعام بين التولية و غيرها بالتحريم فيها و الكراهة في غيرها من المكيل و الموزون، و عدمها في غيرهما.

و قد قصر كلام الشيخ عن بيان الطرف الثالث، أعنى: عدم الكراهة في غيرهما.

(١)- مختلف الشيعة، الفصل السادس عشر في القبض و حكمه، ١١٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٢٠

هذه هي الأقوال فالاختلاف حاك عن عدم الاجماع و إن المسألة كانت مورد اختلاف من عصر دون فيه الفقه، و لكل فيه رأيه و دليله، و المهم دراسة الروايات الواردة عن أئمة أهل البيت، و لكنّها مختلفة المضمون، فهي على أصناف:

الأول: المنع من بيع ما لم يقبض مطلقا:

هناك روايات تدل على منع بيع مطلق ما لم يقبض، من غير فرق بين أن يكون ميا يكال أو يوزن أو غيرهما، و من غير فرق بين الطعام و غيره.

١- موثقة عمّار عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: بعث رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رجلا من أصحابه واليا، فقال له: إنني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهم عن بيع ما لم يقبض و عن شرطين في بيع و عن ربح ما لم يضمن «١».

٢- و في مناهي النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «و نهى عن بيع ما لم يضمن» «٢».

و المراد ما لم يقبض، إذ لا ضمان للمشتري قبل القبض.

٣- رواية غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي - عليهم السلام - أنه كره بيع صكّ الورق حتى يقبض «٣». قال الطريحي: الصكّ - بتشديد الكاف - كتاب كالسجلّ يكتب في المعاملات، نقل أن الرؤساء في القديم كانوا يكتبون كتبا في عطاياهم لرعيّتهم

على شىء من الورق فيبيعونها «٤» مؤجلاً قبل قبضها، فجاء فى

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ و ٨.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ و ٨.

(٣)- المصدر نفسه: الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢٠.

(٤)- ضمير الفاعل يرجع إلى الرعية.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢١

الشرع النهى عن ذلك لعدم القبض.

و العطية المكتوبة فيها ربما كانت من قبيل المكيل و الموزون، و أخرى من غيرهما.

٤- و عن سماعة، قال: سألته عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة و قد كان اشتراها و لم يقبضها؟ قال: لا، حتى يقبضها إلا أن يكون معه قوم يشاركهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح أو يوليه بعضهم فلا بأس «١».

و الثمرة إذا كانت على الشجرة فهي تباع بالمشاهدة، و لو كانت على غيرها فربما تباع بالكيل و الوزن، و أخرى بالعدد.

و على كل تقدير فهذا الصنف من الروايات يدل على عموم النهى من غير اختصاص بمورد دون مورد.

الثانى: ما يدل على المنع فى المكيل و الموزون:

ما يدل على عدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل قبضه سواء أ كان البيع على المرابحة، أو على وجه التولية أو غير ذلك، و إليك ما يدل عليه:

١- عن الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن قوم اشتروا بزاً، فاشتركوها فيه جميعاً و لم يقسموه، أ يصلح لأحد منهم بيع بزّه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس به، و قال: إن هذا ليس بمنزلة الطعام، إن الطعام

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢٢

يكال «١».

و التعليل يفيد أن الملاك هو كون المبيع مكيلاً، و لا خصوصية للطعام.

٢- رواية منصور قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل و لا وزن، أله أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه؟ فقال:

لا بأس بذلك ما لم يكن كيل و لا وزن، فإن هو قبضه، فهو أبرأ لنفسه «٢» و تدل عليه أيضاً رواية على بن جعفر «٣» و أبى حمزة «٤».

الثالث: ما يدل على المنع فى المكيل و الموزون إلا التولية:

و هناك روايات أخرى تفصل بين ما كان البيع الثانى على أساس المرابحة فلا يجوز، و على نحو بيع التولية فيجوز، و المراد من بيع التولية إيكال ما اشتراه بنفس الثمن إلى المشتري الثانى، و رجوعه إلى البائع الأول بلا توسط، نظير:

١- رواية منصور بن حازم عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال: إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه، إلا أن توليه،

فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن، فبعه - يعنى إنه يوكل المشتري بقبضه - «٥» و التفسير راجع إلى ذيل الحديث أى بيع ما لا يكال ولا يوزن و أن المشتري الثانى يكون و كيلا فى القبض.

٢- رواية معاوية بن وهب، قال: سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه؟ فقال: ما لم يكن كيل أو وزن، فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه، إلا أن توليه الذى قام عليه «٦».

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠، ١٨، ٢٢، ٨.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠، ١٨، ٢٢، ٨.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠، ١٨، ٢٢، ٨.

(٤)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٠، ١٨، ٢٢، ٨.

(٥)- المصدر نفسه: الحديث ١ و ١١، و روى الحديث الأول أيضا برقم ١٢. و التكرار لأجل كون الأول مأخوذا من الكافى و الثانى من التهذيب.

(٦)- المصدر نفسه: الحديث ١ و ١١، و روى الحديث الأول أيضا برقم ١٢. و التكرار لأجل كون الأول مأخوذا من الكافى و الثانى من التهذيب.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢٣

الرابع: ما يدل على المنع مطلقا فى خصوص الطعام:

و هناك ما يدل على المنع لكن فى خصوص الطعام، و إليك رواياته:

١- الحلبي عن أبى عبد الله - عليه السلام - قال فى الرجل يبتاع الطعام، ثم يبيعه قبل أن يكتاله، قال: لا يصلح له ذلك «١».

٢- عن أبى جعفر - عليه السلام - قال: قال أمير المؤمنين - عليه السلام -: من احتكر طعاما أو علفا أو ابتاعه بغير حكرة، و أراد أن يبيعه، فلا يبيعه حتى يقبضه و يكتاله «٢».

٣- عن حزام بن حكيم قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه، فأردت بيعه، فسألت النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا تبعه حتى تقبضه «٣».

الخامس: ما يدل على الجواز فى خصوص الطعام بنحو التولية و غيرها:

هناك روايات تدل على الجواز فى خصوص الطعام إذا بيع على نحو التولية أو بيع من الشريك فى المبيع أو من الدائن، و إليك ما يدل على ذلك:

١- على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر - عليه السلام -: عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و إن كان يوليه، فلا بأس «٤».

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ (و لاحظ رقم ١٤) و ١٧ و ٢١ و ٩.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ (و لاحظ رقم ١٤) و ١٧ و ٢١ و ٩.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ (و لاحظ رقم ١٤) و ١٧ و ٢١ و ٩.

(٤)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٣ (و لاحظ رقم ١٤) و ١٧ و ٢١ و ٩.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢٤

٢- عن عبد الرحمن بن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: سألته عن رجل، عليه كتر من طعام، فاشترى كرا من رجل و قال للرجل (الدائن): انطلق فاستوف حقك؟ قال: لا بأس به «١».

السادس: ما هو ظاهر فى الكراهة:

عن أبى بصير قال: سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، و ما كان من شىء عنده ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه «٢».

السابع: ما يدل على الجواز:

١- خالد بن الحجاج الكرخى قال: قلت لأبى عبد الله- عليه السلام-: أشتري الطعام من الرجل ثم أبيع من رجل آخر قبل أن أكتاله، فأقول: ابعث و كيلك حتى يشهد كي له إذا قبضته؟ قال: لا بأس «٣».

٢- جميل بن دراج عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه و كي له؟ قال: لا بأس «٤».

٣- عن الحلبي عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: سألته عن الرجل يشتري الثمرة ثم يبيعها قبل أن يأخذها؟ قال: لا بأس به إن وجد بها ربها فليبع «٥».

(١)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ١٦.

(٢)- الوسائل ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢ و ١٦.

(٣)- المصدر نفسه: الحديث ٣، ٤، ٦، ٤، و لاحظ رواية المدائني: الحديث ٧ من ذلك الباب.

(٤)- المصدر نفسه: الحديث ٣، ٤، ٦، ٤، و لاحظ رواية المدائني: الحديث ٧ من ذلك الباب.

(٥)- المصدر نفسه: الحديث ٣، ٤، ٦، ٤، و لاحظ رواية المدائني: الحديث ٧ من ذلك الباب.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢٥

٤- محمد بن مسلم عن أحدهما أنه قال: فى رجل اشترى الثمرة ثم يبيعها قبل أن يقبضها؟ قال: لا بأس «١».

هذه هى الروايات و أصنافها، فكيف الجمع؟ أقول: هناك طريقتان:

الأول: ما سلكه الشيخ الأنصارى و غيره من حمل المطلقات على المقيدات.

الثانى: ما سلكه سيدنا الأستاذ- قدس سره- من حمل الجميع على الكراهة على مراتبها.

أما الطريق الأول، فما أفاده الشيخ نذكره فى ضمن أمور:

١- أن ما يدل على المنع مطلقا (الصنف الأول) محمولة بقرينة الطائفة الثانية على المكيل و الموزون، و بذلك لا تصلح الاطلاقات للاستدلال، فيكون المراد من منع البيع لما لم يقبض هو خصوص المكيل و الموزون.

٢- و أمّا الصنف الرابع، الناهى عن بيع الطعام قبل القبض فلا- تظهر منها خصوصية للطعام بل النهى عنه لأجل كونه من مصاديق المكيل و الموزون، و يدل على ذلك رواية الحلبي، حيث سأل أبا عبد الله- عليه السلام- عن قوم اشتروا بزّا ... فقال الإمام: لا بأس به هذا ليس بمنزلة الطعام، و إنّ الطعام يكال «٢».

٣- و أمّا الصنف السابع- المجوّز مطلقا- فيحمل على بيع التولية، و غيره مما ورد فيه الاستثناء. قال الشيخ: و هذه الروايات (أى رواية الكرخي و جميل) مطلقه يمكن حملها على التولية و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة مع أنّ استثناء التولية حينئذ يوجب نفى الكراهة فيها، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف في

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ٧ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٣.

(٢)- المصدر نفسه: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث: ١.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٢٦

الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول، و إن كانت أخف.

٤- ثم أشار إلى القول بالجمع بحمل النواهي على الكراهة في ضوء خبر أبي بصير (القسم السادس) و ردّه بأنّ لازم هذا الجمع عدم الكراهة في بيع التولية أخذًا بحكم الاستثناء في رواية أبي بصير مع أنّ القائلين بالكراهة لا يفرّقون بين التولية و غيرها في أصل الكراهة و إن صرح بعضهم بكونها في التولية أخفّ.

٥- ثم ذكر أنّ ما يستأنس به للجواز، أعنى: رواية الحلبي و محمد بن مسلم (تقدّمتا في القسم السابع) غير تام إذ لا تبعد إرادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل و الموزون.

٦- أمّا الاستئناس بالجواز أيضا بما ورد من جواز بيع السلم على من هو عليه «١» فغير تام لأنّ محل الخلاف بيع غير المقبوض على غير البائع.

هذا مجموع ما ذكره الشيخ في مقام الجمع و قد أتينا بها لتجمع شتات كلماته.

يلاحظ على ما ذكره:

أولاً: أنّ حمل النواهي المطلقة على خصوص المكيل و الموزون، لا- يلائم لسانها فإنّ النهى فيها معتمد على ما «لم يقبض» أو «لم يضمّن» و هو كما ترى يعم المكيل و الموزون و غيرهما.

و ثانياً: أنّ حمل الروايات المجوّزة (السابع) على صورة بيع التولية لا يلائم ظاهر رواية خالد بن الحجاج و جميل بن درّاج لو لم نقل أنّهما صريحتان في غير بيع التولية.

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٨ و غيره.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٢٧

كما أنّ حمل رواية «الحلبي» و «محمد بن مسلم» من هذا القسم على الثمرة على الشجرة خلاف اطلاقهما، و لو سلم فكيف تفسّر رواية سماعة حيث منعت عن بيع الطعام و الثمرة معا قبل القبض، فلو حملت، على الثمرة على الشجرة تلزم حرمة بيعها على الشجرة مع أنّه لم يقل به أحد، و لو حملت على الثمرة المجتنأ حتى تكون من قبيل الموزون و المكيل، يلزم التفكيك بين الرواية المجوّزة، فتحمل على الثمرة على الشجرة، و تحمل المانعة على الثمرة المجتنأ و هذا أمر غريب.

و أمّا الطريق الثاني الذي سلكه سيّدنا الأستاذ- قدس سرّه- و هو الحمل على الكراهة، فتدلّ عليه أمور:

١- أنّ الاختلاف الشديد بين الروايات دليل واضح على كراهة البيع قبل القبض، إذ الكراهة تقبل التأديبة عنها بعبارات مختلفة إذا

كانت لها مراتب و درجات، فيما أنه كان البيع قبل القبض مطلقا مكروها و كان على غير وجه التولية أشد كراهة، صح للإمام- فى بعض الظروف- أن يقول: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه إلا أن يوليه «١» بخلاف المحرمات فإنها لا تقبل التأدية عنها بعبارات مختلفة يدل بعضها على الجواز، وبعضها الآخر على المنع.

و لأجل ذلك نرى أن العلماء فى أمثال المقام يحملون النواهي على الكراهة و الأوامر على الاستحباب، إذا كانت مختلفة المضمون «٢».

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٦.

(٢)- كما هو الحال فى باب الأذان و الإقامة، فلاحظ فإن الروايات هناك مختلفة جدا.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢٨

٢- أن قوله «لا يصلح له ذلك» «١» و قوله «لم يصلح حتى يقبض» «٢» و قوله «و لا يعجبني» «٣» و التعليل بقوله «فإن هو قبضه فهو أبرأ لنفسه» «٤» سواء جعلناه راجعا لمورد التولية أو الأعم، كلها أماره الكراهة.

٣- أن لسان أكثر الروايات جوازا و منعا هو قوله: «لا بأس»، و يكون مفهومه فى خلافه بأس و هو أنسب للكراهة.

تبريزى، جعفر سبحانى، المختار فى أحكام الخيار، در يك جلد، مؤسسه امام صادق عليه السلام، قم - ايران، اول، ١٤١٤ هـ ق المختار فى أحكام الخيار؛ ص: ٧٢٨

و توهم أنه لو كان الحكم هو الكراهة، فلما إذا أوصى النبى الأكرم والى مكه أن يبلغه إلى أهل الله، فإنه يناسب الأمر المحرم، مدفوع بآته من المحتمل أن تكون وصايا النبى أمورا كثيرة متنوعه فيها الواجب و الحرام، و المكروه و المستحب كما فى عهد الإمام على لمالك فلم ينقل منه إلا القليل.

و لعل القول بالكراهة أظهر و أوفق بالقواعد خصوصا بالنظر إلى أن المعاملات أمور عقلانية و البيع قبل القبض من الأمور الدارجه بينهم، فتحريمه يحتاج إلى بيان قاطع، نعم كونه رائج لا يخالف الكراهة كما لا يخفى.

و حصيلة البحث، هو أن ما أفاده الشيخ الأعظم من تقييد الروايات المانعه بالمجوزه، و إن كان مطابقا للصناعة، و بذلك يرتفع التعارض بين المجوزه و المانعه غير أن هناك عقده لم يحلها و هى أن بين الروايات المانعه كموثقه عمّار و خبر شعيب بن واقد «٥» ما يركز على قوله: «لم يقبض و لم يضمن» على نحو يدل على أن هذا تمام الموضوع و حمل المطلق على المقيّد و إن كان مطابقا للصناعة لكن مجراه هو الأحكام، لا التعليلات و بيان الملاكات فلم نعهد فيها هذه الصناعة

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٩، ١٦، ١٨.

(٢)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٩، ١٦، ١٨.

(٣)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٩، ١٦، ١٨.

(٤)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٥، ٩، ١٦، ١٨.

(٥)- المصدر نفسه: الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦ و ٨.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٢٩

فلو حمل ذلك على المكيل و الموزون، يكون الملاك هو القسم الخاص ممّا لم يضمن و لم يقبض هذا من جانب. و من جانب آخر أن الحكم بالتحريم فى مطلق ما لم يضمن و لم يقبض لم يقل به أحد، فلا مناص عن اختيار الكراهة فى مجموع

الروايات على مراتبها من الضعف إلى الشدة، فهو في مطلق ما لم يقبض مكروه، و في المكيل و الموزون منه أشد، و هو في قسم الطعام منه أكد ممّا سبق، و لأجل ذلك يكون الجمع الذي قام به السيد الأستاذ أوفق بلسان الروايات.

المسألة السابعة: في اختصاص الحكم بالمبيع الشخصي و عدمه؟

سواء أقلنا بکراهة البيع قبل القبض أم بحرمته، فالظاهر عمومية الحكم للكلي أيضا، و ذلك لتعلق الحكم ببيع ما لم يقبض أو ربح ما لم يضمن، و هما يعميان الشخصي و الكلي، على أن في بعض الروايات ما يستفاد منه الاطلاق نظير رواية سماعة، قال: سألته عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة و قد اشتراها و لم يقبضها؟ قال: لا حتى يقبضها «١».

على أن كون المبيع شخصا يندر في مثل الطعام في المجتمعات الكبيرة.

المسألة الثامنة: هل المنع يشمل الثمن أو لا؟

إشارة

هل المنع كراهة و تحريما يختص بالمبيع أو يشمل الثمن؟ قال الشيخ الطوسي:

(١)- الوسائل: ج ١٢، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٥.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٣٠

الثمن إذا كان معيناً يجوز بيعه قبل قبضه ما لم يكن صرفاً. و إن كان في الذمة أيضا يجوز، و قال الشافعي، في المعين: لا يجوز قولاً واحداً، و في ما في الذمة قولان. دليلنا الآية: أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ... و دلالة الأصل و جواز التصرف و المنع يحتاج إلى دليل، و روى سعيد بن جبیر عن ابن عمر أنه قال: كنت أبيع الأبل بالبيع، فأبيع بالدنانير و آخذ الدراهم و أبيع بالدراهم و آخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، و أعطى هذه من هذه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا بأس أن تأخذها ما لم تفترقا و بينكما شيء «١».

يلاحظ عليه: أن الاستدلال بإطلاق الآية فرع عدم الاطلاق في المقيد، أعنى: روايات الباب، و أمّا دلالة الأصل فالأصل في المعاملات هو الفساد لا-الصحة، و هذا أصل غفل عنه أكثر المتقدمين، فقاوسوا المعاملات بالشبهات التكليفية، نعم لو كان البحث مركزاً على الحرمة التكليفية المحضة لكان للاستدلال مجال، لكنّه لا يثبت إلا الحلية لا آثار البيع، لاستلزامه أن يكون الأصل مثبتاً، و أمّا خبر ابن عمر، فهو خارج عن مورد الاختلاف، حيث إنه فيما باع الثمن من الغير لا ممن هو عليه.

هذا و ربّما يستدل على العكس و هو شمول الحكم للثمن بما رواه يعقوب بن شعيب: أنه قال: سألت أبا عبد الله- عليه السلام- عن الرجل باع طعاماً بدراهم إلى أجل، فلمّا بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي دراهم خذ منّي طعاماً، قال: لا بأس، إنّما له دراهمه يأخذ بها ما شاء «٢».

يلاحظ على الاستدلال: بأنّه من باب البيع ممن هو عليه، و مصبّ الخلاف

(١)- الطوسي: الخلاف: ٣/ ٩٩، المسألة ١٦١.

(٢)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ١٠.

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٣١

هو البيع من غيره على أن الثمن هنا ليس مبيعا في العقد الثاني، بل ثمن أيضا بشهادة قوله: «يأخذ بها».

و الأولى الاستدلال بموثقة عمّار و شعيب بن واقد، حيث إنّ الموضوع فيهما «ما لم يقبض أو لم يضمن» و هما يعمان كل غير مقبوض لأنّ الثمن كالمثمن غير مضمون للبائع ما لم يقبض.

عمومية الحكم لمطلق المعاوضة:

إذا اشترى ما لم يقبض، فقد عرفت حكم بيعه فى هذه الحالة، فما حكمه إذا جعله ثمنا أو عوضا فى الصلح، أو أجره للاجارة، فهل يعمّ الحكم لهذه الصورة؟ فقد نقل الشيخ كلمات العلماء فى التذكرة و الشهيد و استظهر فيه وجهين، فلو عمّ الحكم لهذه الصورة يكون المراد من البيع فى عنوان المسألة مطلق المبادلة.

و لكن الظاهر اختصاص الحكم بالمبيع، و عدم ورود كلمه سواه، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ الملاك للنهى عن البيع هو عدم الضمان قبل القبض فهو موجب للمنع عن مطلق الانتقال، فكأنّ الشارع منع من انتقال ما لم يضمه الناقل، سواء أنقله بالبائع أو بالصلح، فالملاك عدم ضمان الناقل و عدم قبضه من غير نظر إلى آلة النقل.

ثمّ هناك فرعا آخر، هو أنّه كان الكلام- فيما سبق- فيما إذا انتقل المتاع إلى الشخص بالبائع، و تكلمنا فى نقله إلى الغير قبل القبض بالبائع و غيره، و أمّا إذا انتقل إليه بالارث و الصداق، و الخلع و لكنّه لم يقبض و يريد أن يبيع، فهل يعمّه المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣٢

الحكم أو لا؟ و الظاهر عموميّة الحكم لصدق بيع الشئ قبل قبضه.

و الفرق بين المسألة السابعة (مطلق المعاوضة) و هذه المسألة واضح، ففى الأولى انتقل المتاع إليه بالبائع، و هو ينقله إلى الغير بغير البيع، فلنائل أن يقول بعدم الشمول لاختصاص الروايات بالبائع و إن احتمل الشمول لأجل موثقة عمّار.

و فى الثانية انتقل إليه بغير البيع، لكنّه ينقله إلى الغير بالبائع فشمول الروايات لهذه الصورة أوضح من السابق.

و إلى القسم الأخير أشار الشيخ بقوله:

«نعم لو ورث ما اشترى و لم يقبض.

أو أصدقه.

أو عوّض عن الخلع، جرى الخلاف فى بيعه».

و عبارة الشيخ الأنصارى غير خالية عن التعقيد، و على النحو الذى حرّراه يظهر المراد، و هو أنّه إذا انتقل الشئ الذى يريد بيعه إلى شخص بالارث، كما إذا اشترى من أبيه شيئا و مات الأب قبل القبض و هو يريد بيعه قبله، أو انتقل بالصدّق كما إذا أصدّق الرجل شيئا لزوجته، و لم يقبضه إياها، و لكنّها تريد بيعه، أو جعلت زوجته رجل عينا عوضا عن الخلع و الزوج يريد بيعه قبل قبضه «١».

(١)- رحم الله الشيخ الأنصارى رحمه واسعة، و لكنّه لم يرحم أحدا من قراء كتابه بهذه العبارات المعقّدة.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣٣

المسألة التاسعة: لو دفع الدراهم إلى من له عليه طعام لاشترائه:

لو دفع إلى من له عليه طعام، دراهم، و قال: اشتر بها لنفسك طعاما، فيه وجهان:

١- لا- يصحّ، لأنّ مقتضى المعاوضة أن يدخل المعوض (الطعام) فى ملك من (صاحب الدراهم) خرج العوض عن ملكه، فكيف يمكن أن يملك العاقد الطعام و هو غير مالك للدراهم.

٢- يصح للنص «١» و إن كان مكروها و وجهه الشيخ «بأنّه من قبيل ما إذا اشترى لنفسه بمال الغير فإنّه يقع البيع فضولا فإذا قبضه فأجاز

المالك الشراء و القبض، تعين له. و حيث كان استمراره بيد المشتري قبضا فقد قبض ماله على مالك الطعام».

و هذا الوجه مبنى على كون اللام فى «لنفسك» للتملك.

و يمكن توجيهه بوجه آخر، و هو أنه يوكل المشتري فى أن يشتريه له، و يقبضه عنه، ثم يستوفى دينه من مال البائع، و هذا أظهر و تكون اللام عندئذ للارتفاع.

ثم إنه ربما أورد النقص على القاعدة المعروفة من دخول المعوض، فى ملك من خرج العوض عن ملكه بوجهين:

١- أن المعاطاة مفيدة لإباحة التصرف عند المتقدمين، و عليه فالثمن باق فى ملك المشتري. و المبيع فى ملك البائع، لكن يجوز للبائع أن يتصرف فى الثمن

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١٢ من أبواب السلف، الحديث ١ و ٢.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣٤

و يشتري لنفسه شيئا فالثمن خرج من ملك المشتري و المثلن دخل فى ملك البائع.

٢- بما ذكره من أن من اشترى المغصوب عالما، يبقى الثمن فى ملك المشتري، و مع ذلك يجوز لبائع المغصوب التصرف فى الثمن الذى أخذه مع بقاءه فى ملك المشتري.

هذا إذا كان المبيع مغصوبا، و مثله إذا كان الثمن مغصوبا فللمشتري أن يشتري بالمبيع جارية و يتمتع بها.

و قد أجاب الشيخ عن النقص الأول بما هو المعروف فى باب المعاطاة، من دخول المال آنا ما قبل التصرف فى ملك المتصرف، و عن النقص الثانى، بأن المشتري العالم بالغصب ملك الثمن للبائع مجانا لعلمه بأنه لا يملك المثلن.

و لكن الظاهر أن أصل الحكم لا يخلو من ابهام إلا إذا علم رضا صاحب الثمن بالتصرف سواء أملك المغصوب شرعا أم لا.

المسألة العاشرة: لو طالب المتاع فى غير بلد الاستحقاق:

لو كان له على غيره طعام فطالبه فى غير بلد الاستحقاق فهل عليه وجوب الوفاء إذا كان بلد الاستحقاق مغايرا مع بلد المطالبة؟ للمسألة صور ترجع إلى اختلاف الأسباب فى اشتغال ذمته بالطعام لأن السبب تارة يكون: بيع السلف، و أخرى: الاستقراض، و ثالثة: الغصب و إليك الكلام فى كل واحدة مستقلة:

المسألة الأولى: أن يكون المال سلما، بأن أسلفه البائع طعاما فى العراق

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣٥

و طالبه المشتري فى المدينة فالبائع هو المسلف إليه، و الحنطة هو المسلف فيه و المشتري هو المسلف، و ذلك لأن السلف عبارة عن ابتياع مال مضمون إلى أجل معلوم بمال حاضر أو فى حكمه، فيتدئ المشتري بقوله: «أسلمت إليك أو أسلفتك كذا فى كذا إلى كذا، و يقول البائع: قبلت. فيكون المشتري هو المسلف، و البائع هو المسلف إليه».

و هذا من خصائص السلف حيث يكون الإيجاب من المشتري و القبول من البائع، و قد امتاز به عن سائر أفراد البيع و شارك الصلح. و على ضوء هذا ففى تلك المسألة صور:

١- إذا شرط فى نفس العقد التسليم فى البلد الثانى، فلا شك فى صحة المطالبة و لزوم الدفع.

٢- إذا لم يشترط فى العقد و طلب نفس الطعام فيه فلا يجب الدفع.

٣- إذا قال: أدفع قيمة الطعام، أى قيمته فى البلد الثانى فلا يجب، كنفس الطعام إذ العقد منصرف إلى بلد الاستحقاق، و هو بلد العقد، لا بلد المطالبة، فلا شك فى عدم وجوب أدائه لا مثلا و لا قيمة فى ذلك البلد.

٤- و لو قال المسلف (المشترى): ادفع قيمة بلد الاستحقاق (العراق) «١» فله صورتان: إما أن يتراضيا أو لا. أمّا إذا رضيا، فلا إشكال لوجود التراضى بالفرض، و ربّما يستشكل عليه من جانب القواعد الشرعية، و هو أنه من قبيل «بيع ما لم يقبض لأنه باع الطعام الذى فى ذمّة البائع منه بقيمة بلد الاستحقاق» و إن قلنا: إنهما من قبيل المبادأة، فهى

(١)- هذا هو المراد من قول الشيخ: و لو طالبه فى ذلك البلد بقيمته فى بلد وجوب التسليم.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣٦

أيضا ممنوعه، إذا قلنا بعمومية المنع، عمّا لم يقبض سواء كان يباع أم مبادأة فإنه من قبيل مبادأة الطعام غير المقبوض بالقيمة. ثم إنّ الشيخ أراد دفع الاشكال بأنه يمكن أن يكون من باب بيع الثمن بالطعام فكان المسلف إليه (البائع) يبيع الدراهم، بالطعام الذى فى ذمته الذى هو للمشترى، و بما أنّ الشيخ قال باختصاص التحريم بالثمن، فالطعام و إن كان غير مقبوض للمشترى، و لكنّه لا مانع من جعله ثمنا.

يلاحظ عليه: أنّ المتبادر فى أمثال المقام هو كون الطعام ثمنا لا ثمنا على أنّك عرفت أنّ النهى يعمّ كل ما لم يقبض سواء كان ثمنا أو ثمنا.

و الذى يسهّل الخطب أنّ الروايات منصرفه عن بيع ما لم يقبض ممّن هو فى ذمته، أضف إلى ذلك وجود الروايات الخاصّة الدالّة على الجواز.

منها: موثقة ابن فضال: كتبت إلى أبى الحسن - عليه السلام -: الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم «١».

منها: مرسله أبان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله - عليه السلام -:

فى الرجل يسلم الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحل الطعام، فيقول: ليس عندى طعام، و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه؟ فقال: لا بأس بذلك «٢».

و أمّا إذا لم يرض المسلم إليه، فهل يجوز اجباره أو لا؟ وجهان:

ألف: لا يجوز، لأنّ فى ذمته الطعام لا القيامة.

ب: يجوز، لأنّ الطعام الذى يلزمه دفعه معدوم (فى المدينة) فكان كما إذا عدم الطعام فى بلد يلزم التسليم فيه، و أوضحه الشيخ بقوله: إنّ التقصير متوجّه

(١)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٨ و ٥، و نقل المحقق المامقانى فى تعليقه على المقام روايات أخرى، فلاحظ: ص ٢٣٦.

(٢)- الوسائل: ج ١٣، الباب ١١ من أبواب السلف، الحديث ٨ و ٥، و نقل المحقق المامقانى فى تعليقه على المقام روايات أخرى، فلاحظ: ص ٢٣٦.

المختار فى أحكام الخيار، ص: ٧٣٧

إلى المسلم إليه لغيبته عن بلد التسليم، إذ لو كان فيه لدفعه إلى نفس المشتري أو إلى وكيله أو وليه.

و ما ذكره متين بشرط أن لا يكون البائع معسرا فى بلد المطالبة و لا متضايقا و متضررا من دفع قيمة بلد الاستحقاق.

٥- و لو كان الطعام فى البلدين متساوى القيامة فالظاهر وجوب دفع الطعام عليه، لعدم تعدد الحق بالشرطين الماضيين.

المسألة الثانية: ما يكون عليه قرضا، و له صور:

١- إذا طالب المثل مع كون الطعام في بلد المطالبة أعلى من بلد القرض فلا شك في عدم وجوب الاجابة، لأنه إنما يستحق المثل في بلد القرض، فالزامه به في غيره، إذا كان غاليا اضرار.

٢- إذا طالب قيمة ما في الذمة بقيمة بلد القرض فالظاهر وجوبه عليه مطلقا إذا لم يكن معسرا ولا متضررا.

٣- لو طالب المثل و لم يكن هناك اختلاف بين القيمتين فالظاهر وجوب الاجابة إذا لم يكن معسرا و متضايقا من دفع المثل.

٤- لو تعذر المثل في بلد الاستحقاق، فهل يستحق المثل في بلد المطالبة؟

أو يجب الصبر؟ وجهان.

المسألة الثالثة: أن يكون الاستقرار من جهة الغضب فالظاهر جواز المطالبة بالمثل في جميع الصور، وذلك للفرق بين السلف و القرض، و بين الغضب، فإن الأولين ينصرفان إلى بلد الاستحقاق بخلاف الغضب، و ما ذكره الشيخ الأعظم من أن ما في ذمته هو الطعام الموصوف بكونه في ذلك البلد، أمر عجيب، إذ لم

المختار في أحكام الخيار، ص: ٧٣٨

تشتغل ذمته إلا بنفس الشيء، و البلد ظرف الغضب، و ليس قيذا للمغضوب، و تصور أنه إذا كان المثل في بلد المطالبة أعلى من بلد الغضب يكون ايجاب المثل مخالفا لقوله سبحانه: فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ «١» غير تام.

لأن الآية راجعة إلى القصاص لا الضمان، و على فرض استفادة الحكم منها، فالمقصود هو المماثلة من حيث الجنس و الصفة و الكمية لا القيامة السوقية التي هي أمر اعتباري يختلف حسب الأوقات و الأمكنة و تضرر الغاصب بايجاب المثل، غير مضر لأنه الباعث له. نحمده سبحانه و نشكره على أن من علينا باتمام دراسة أحكام الخيارات و الشروط و أحكامها و أحكام النقد و النسيئة و القبض و تم تحرير ذلك عشية يوم الثلاثاء الثامن عشر من شهر رجب المرجب من شهر عام ١٤١٣ في قم المحمية.

كتبه ببنانه العبد الفقير جعفر السبحاني ابن الفقيه الحاج الشيخ محمد حسين الخياباني التبريزي - عاملهما الله بلطفه الخفي -.

اللهم اجعل هذه الصحائف لنا ذخرا ليوم لا ينفع فيه مال و لا بنون، و اجعل أعمالنا خالصة لوجهك الكريم و اجعلنا من حماة دينك و العاملين بشريعتك آمين يا رب العالمين.

(١) - البقرة / ١٩٤.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/٤١).

قال الإمام علي بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللَّهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبَحَار - في تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عيون أخبار الرضا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثقافي بأصبهان - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - رَحِمَهُ اللَّهُ - كان أحدًا من جهابذة هذه المدينة، الذي قد اشتَهَرَ بِشَعْفِهِ بِأَهْلِ بَيْتِ النَّبِيِّ (صلواتُ الله عليهم) و لاسيما بحضرة الإمام علي بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عَجَّلَ اللَّهُ تَعَالَى فَرَجَهُ الشَّرِيفَ)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، في سنة ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقه لم ينطفئ مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقفٍ كل يوم.

مركز "القائمية" للتحري الحاسوبى - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سنة ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عزه - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميّة و طلاب

الجوامع، بالليل و النهار، في مجالاتٍ شتى: دينية، ثقافية و علمية...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافة الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحري الأذق للمسائل الدينية، تخليف المطالب النافعة - مكان البلاية المبتدلة أو الردية - في المحاميل (=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافة على أساس معارف القرآن و اهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة المنابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...
- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقه و مكتبيه، قابله للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينية، السياحية و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمة" www.Ghaemiyeh.com و عدة مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمي لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كاشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخري مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمية، الجوامع، الأماكن الدينية كمسجد جَمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسه" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصبهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتق" و فاني / "بنايه" القائمية

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الإلكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣-٢٣٥٧٠ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكوميته، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع التوسعة الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً مترائداً لإعانتهم - في حد التمكن لكل احد منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ و الله ولي التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

